

Optionen zur Auflösung der Asymmetrie zwischen negativer
und positiver Integration in der Europäischen Union
dargestellt im Bereich Tourismus

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades einer

Doktorin des Rechts

am Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Annette Stange

Regierungsrätin in Berlin

2019

Erstgutachter:

Professor Dr. Christian Calliess

Zweitgutachter:

Professor Dr. Helmut Aust

Tag der mündlichen Prüfung:

25. Februar 2019

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung konnten Rechtsprechung und Literatur bis November 2019 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christian Callies, der die Entstehung der Arbeit durch wertvolle Anregungen sowie den nötigen Freiraum begleitet hat. Herrn Professor Dr. Helmut Aust danke ich für die Zweitbegutachtung der Dissertation.

Besonders bedanken möchte ich mich bei meinem Mann, Dr. Enno Stange, der mich in allen Höhen und Tiefen, die mit der Fertigstellung dieser Arbeit verbunden waren, vorbehaltlos und ausdauernd unterstützt hat.

Für anregende Fachdiskussionen und die Übernahme des Korrekturlesens der Arbeit danke ich Kathrin Dingemann, Dr. Karoline Bülow, Dorothea Lemke und Christina Thelen.

Von ganzem Herzen danke ich auch meinen Eltern, die meine gesamte Ausbildung in jeder erdenklichen Form unterstützt, begleitet und gefördert haben.

Berlin, Februar 2020

Inhaltsübersicht

Kapitel 1: Einführung	21
A. Einleitung	21
B. Gang der Untersuchung	23
Kapitel 2: Negative und positive Integration und Tourismus in Europa	24
A. Die Integrationsmodi negative und positive Integration	24
B. Einführung in den Tourismus in der Europäischen Union.....	39
Kapitel 3: Negative Integration im Tourismusbereich.....	48
A. Notwendige Voraussetzungen der negativen Integration.....	49
B. Negative Integration im Tourismusbereich durch Rechtsprechung des EuGH	52
Kapitel 4: Positive Integration im Tourismusbereich	111
A. Positive Integration durch Primärrecht.....	112
B. Positive Integration durch Sekundärrecht	114
C. Exkurs: Rechtsprechung zum Sekundärrecht als Form der negativen Integration...	157
D. Fazit zur positiven Integration.....	161
Kapitel 5: Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration im Tourismusbereich	163
A. Verhältnis zwischen negativer und positiver Integration im Tourismusbereich	163
B. Rechtliche und politische Gründe für die Entstehung der Asymmetrie.....	168
C. Auswirkungen der Asymmetrie im horizontalen und vertikalen Verhältnis	179
D. Kritikpunkte an der Asymmetrie der Integrationsmodi.....	185
E. Fazit der kritischen Betrachtung der Asymmetrie	209
Kapitel 6: Abmilderung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration	209
A. Stärkung der positiven Integration im Tourismusbereich.....	209
B. Eingrenzung der negativen Integration im Tourismusbereich.....	244
C. Gesamtbewertung der Ansätze zur Abmilderung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration im Tourismusbereich	292
Kapitel 7: Zusammenfassendes Ergebnis und Zwischenergebnisse in Thesenform.....	294
A. Zusammenfassendes Ergebnis	294
B. Zwischenergebnisse in Thesenform.....	296

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einführung	21
A. Einleitung	21
B. Gang der Untersuchung	23
Kapitel 2: Negative und positive Integration und Tourismus in Europa	24
A. Die Integrationsmodi negative und positive Integration	24
I. Begriff der Integration	24
II. Theorien der Europäischen Integration	24
1. Supranationale Ansätze	25
a) Föderalismus	25
b) Funktionalismus und Neofunktionalismus	26
2. Intergouvernementale Ansätze	27
a) Pluralismus.....	27
b) (Neo-) Realismus	27
3. Verhältnis der Integrationstheorien zum Konzept der negativen und positiven Integration..	28
III. Konzept der negativen und positiven Integration	28
1. Dualismus der Supranationalität nach Weiler	29
2. Verschiedene Begriffsverwendungen in der Wissenschaft	30
a) Begriffsverwendung bei Tinbergen	30
b) Begriffsverwendung bei Pinder	31
c) Begriffsverwendung bei Scharpf	32
aa) Ursprüngliche Definition bei Scharpf.....	32
bb) Neuere Definition bei Scharpf.....	33
d) Begriffsverwendung bei Kingreen.....	34
e) Begriffsverwendung bei Cremer.....	35
3. Bereichsspezifische Begriffsverwendungen.....	35
a) Begriffsverwendung im Gesundheitsbereich	36
b) Begriffsverwendung im Kulturbereich	37
4. Stellungnahme und eigene Verwendung	38
B. Einführung in den Tourismus in der Europäischen Union	39
I. Definition des Begriffs Tourismus	39
1. Herleitung des Begriffs Tourismus	40
2. Rechtliche Definition des Tourismus	40
a) Keine Definition durch die Rechtsprechung des EuGH	41
b) Definition im Sekundärrecht.....	42
c) Definitionen von Internationalen Organisationen.....	42
d) Fazit und eigene Definition.....	43

II. Wirtschaftliche und kulturelle Bedeutung des Tourismus in der Europäischen Union.....	44
1. Wirtschaftsleistung der Tourismusbranche	44
2. Beschäftigte in der Tourismusbranche	46
3. Kulturelle Aspekte des Tourismus in der Europäischen Union	46
III. Tourismus als Querschnittsmaterie.....	47
Kapitel 3: Negative Integration im Tourismusbereich	48
A. Notwendige Voraussetzungen der negativen Integration	49
I. Rechtsschutzauftrag der Unionsgerichte	49
II. Unmittelbare Geltung des Primärrechts	50
III. Anwendungsvorrang des Europarechts vor nationalem Recht	50
IV. Geltung der Urteile des EuGH	51
B. Negative Integration im Tourismusbereich durch Rechtsprechung des EuGH.....	52
I. Rechtsprechung zu transnationalen Integrationsnormen	52
1. Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit	52
2. Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit	53
a) Schutzbereich.....	53
aa) Watson und Belmann (1976)	53
bb) Luisi und Carbone (1984)	55
cc) Oulane (2005).....	58
dd) Carpenter (2002)	59
aaa) Schlussantrag und Urteil	59
bbb) Fehlen eines grenzüberschreitenden Bezuges	60
ccc) Beschränkungsverbot in Umfeldregelungen	61
ddd) Alternative Lösungen	63
eee) Fazit.....	64
ee) Kategorie der auslandsbedingten Dienstleistungsfreiheit in Fremdenführerfällen	64
b) Rechtfertigungsebene.....	66
aa) Ciola (1999)	67
aaa) Erweiterter Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit	67
bbb) Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen	69
ccc) Fazit.....	71
bb) Ambry (1998).....	71
cc) Presidente del Consiglio dei Ministri (2008)	72
c) Von der passiven Dienstleistungsfreiheit zur Freizügigkeit und der Lösung vom Wirtschaftsbezug	72
aa) Cowan (1989).....	73
aaa) Verselbstständigung der freizügigkeitsrechtlichen Aspekte der Dienstleistungsfreiheit.....	73
bbb) Verhältnis des allgemeinen Diskriminierungsverbots zur Dienstleistungsfreiheit	75
ccc) Auswirkung des Urteils auf die Kompetenzverteilung	76

ddd) Fazit	77
bb) Bickel und Franz (1998)	77
cc) Calfa (1999)	80
aaa) Verhältnis zwischen allgemeinem und grundfreiheitlichem Freizügigkeitsrecht	80
bbb) Rechtfertigungsmaßstab	81
dd) Wijzenbeek (1999)	82
ee) Rechtsprechung in den Rechtsachen Zambrano und Rottmann (2010 und 2011)	83
d) Museumsfälle	85
aa) Spanische Museen (1994)	85
aaa) Kategorisierung als Dienstleistung	86
bbb) Parallele Anwendung von Dienstleistungsfreiheit, allgemeinem Diskriminierungsverbot und allgemeinem Freizügigkeitsrecht	87
bb) Dogenpalast (2003)	88
aaa) Vorliegen einer Diskriminierung	88
bbb) Parallele Anwendung von Dienstleistungsfreiheit und allgemeinem Diskriminierungsverbot	90
ccc) Rechtfertigungsprüfung	90
ddd) Fazit	92
3. Stellungnahme zur negativen Integration im Dreiecksverhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit, Diskriminierungsverbot und Freizügigkeitsrecht	92
a) Entwicklung neuer Formen der Dienstleistungsfreiheit	92
b) Erweiterte Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit	93
c) Beschränkte und unklare Rechtfertigungsmöglichkeiten	94
d) Von der Dienstleistungsfreiheit zu einem Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht	95
e) Prognoseunsicherheiten über die anzuwendenden Maßstäbe	98
aa) Vergleich der Gewährleistungsgehalte von Dienstleistungsfreiheit und allgemeinem Diskriminierungsverbot	99
bb) Vergleich der Gewährleistungsgehalte der Dienstleistungsfreiheit und des allgemeinen Freizügigkeitsrechts	100
aaa) Das allgemeine Freizügigkeitsrecht als Grundfreiheit	100
bbb) Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Freizügigkeitsrechts	102
(1) Schutzbereich	102
(2) Beeinträchtigung	103
(3) Rechtfertigungsmöglichkeiten	104
(4) Fazit	105
cc) Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages in Art. 18 AEUV durch die Dienstleistungsfreiheit und das allgemeine Freizügigkeitsrecht	106
f) Auswirkung des Unionsrechts auf Bereiche mitgliedstaatlicher Kompetenz	106
4. Niederlassungsfreiheit	107
5. Kapitalverkehrsfreiheit	107
II. Rechtsprechung zu allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts	108
1. Rechtsprechung zur Staatshaftung	108

2. Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor konkret-individuellen Entscheidungen.....	109
III. Fazit zur negativen Integration durch Rechtsprechung des EuGH	110
Kapitel 4: Positive Integration im Tourismusbereich	111
A. Positive Integration durch Primärrecht.....	112
I. Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot	112
II. Unionsbürgerliche Freizügigkeit.....	113
III. Fazit	114
B. Positive Integration durch Sekundärrecht.....	114
I. Kompetenzübertragung als Voraussetzung der positiven Integration durch Sekundärrecht	114
II. Nicht harmonisierendes Sekundärrecht.....	115
III. Sekundärrechtsetzung im Tourismusbereich	116
1. Aufgabenzuweisung und Kompetenzübertragung in der Tourismuspolitik	116
a) Aufgabenzuweisung durch den Vertrag von Maastricht	116
b) Kompetenzübertragung durch den Vertrag von Lissabon	117
aa) Entstehungsgeschichte des Art. 195 AEUV.....	117
bb) Art. 195 AEUV als Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz	119
2. Sekundärrecht.....	121
a) Richtlinien und Verordnungen im Tourismusbereich	122
b) Gemeinschaftsmaßnahmen unterhalb der Normebene im Tourismusbereich	123
aa) Maßnahmen vor 1992	124
bb) Maßnahmen in den Jahren 1992 bis 1997.....	124
cc) Maßnahmen von 1998 bis zum Vertrag von Lissabon.....	126
aaa) Tourismuswirtschaft und Beschäftigung	126
bbb) Tourismuswirtschaft und Nachhaltigkeit	127
dd) Maßnahmen seit dem Vertrag von Lissabon.....	129
3. Stellungnahme	131
IV. Sekundärrechtsetzung in angrenzenden Kompetenzbereichen	132
1. Binnenmarkt	132
a) Kompetenz nach Art. 114 AEUV	132
b) Pauschalreise-Richtlinie.....	133
c) Time-Sharing-Richtlinie	134
2. Grundfreiheiten	135
a) Dienstleistungsrichtlinie	136
aa) Regelungen für Dienstleistungserbringer.....	138
bb) Regelungen für Dienstleistungsempfänger	139
cc) Stellungnahme.....	141
b) Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen	142
c) Prinzip der gegenseitige Anerkennung im Sekundärrecht als positive Integration	142

3. Freizügigkeitsrecht	143
a) Kompetenz	143
b) Anfängliche sekundärrechtliche Regelungen zur Freizügigkeit	144
c) Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG	145
d) Stellungnahme	146
4. Verbraucherschutzpolitik	146
5. Kulturpolitik	148
6. Verkehrspolitik	149
a) Passagierrechte bei den unterschiedlichen Verkehrsträgern	150
b) Regelungen über den Zugang von Unternehmen zu verschiedenen Verkehrsmärkten ..	151
c) Stellungnahme	154
7. Umweltpolitik	155
8. Kohäsionspolitik mittels Europäischer Fonds	155
a) Europäischer Fonds für regionale Entwicklung (EFRE)	155
b) Europäischer Meeres- und Fischereifonds (EMFF)	156
c) Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) ..	156
d) Europäischer Sozialfonds (ESF)	157
C. Exkurs: Rechtsprechung zum Sekundärrecht als Form der negativen Integration..	157
I. Zuordnung zur positiven oder negativen Integration.....	158
II. Rechtsprechung zu Sekundärrecht mit Verbraucherschützendem Charakter	158
III. Rechtsprechung zur Dienstleistungsrichtlinie	159
IV. Fazit zur Rechtsprechung zum Sekundärrecht.....	160
D. Fazit zur positiven Integration.....	161
Kapitel 5: Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration im	
Tourismusbereich	163
A. Verhältnis zwischen negativer und positiver Integration im Tourismusbereich	163
I. Integrationsmodi betreffen unterschiedliche Aspekte des Tourismusbereichs.....	163
II. Gegenseitige Beeinflussung der negativen und positiven Integration	163
1. Kodifizierung der negativen Integration durch Sekundärrecht	164
2. Geringere Integrationsleistung der positiven Integration	164
3. Bestimmung der Verhandlungsoptionen der Mitgliedstaaten durch negative Integration...	166
III. Keine Schließung entstandener Regelungslücken durch positive Integration	167
IV. Fazit	167
B. Rechtliche und politische Gründe für die Entstehung der Asymmetrie	168
I. Geschichtlicher Hintergrund negativer und positiver Integration	168
1. Gründungsphase	168
2. Erste Verfassungskrise der Gemeinschaft	168

3. Stagnationsphase	170
4. Phase der Supranationalität	170
5. Verfassungsvertrag und Vertrag von Lissabon	171
6. Europäische Polykrise	172
II. Unterschiedliche Beschlussfassungsmodi im Ministerrat und Gerichtshof.....	172
III. Leichtere Begründung und Implementierung negativer Integration.....	173
IV. Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung	174
V. Richterrecht in der Europäischen Union	175
1. Rechtswahrungsauftrag des EuGH.....	175
2. Wirkung der Urteile des EuGH.....	176
3. Richterliche Rechtsfortbildung zwischen Rechtswahrung und Rechtserzeugung	176
4. Lückenfüllungsfunktion und Rechtsverweigerungsverbot.....	178
C. Auswirkungen der Asymmetrie im horizontalen und vertikalen Verhältnis	179
I. Institutionelles Gleichgewicht als Ordnungsprinzip im horizontalen Verhältnis	179
II. Auswirkungen der Asymmetrie im horizontalen Verhältnis	180
III. Ordnungsprinzipien im vertikalen Verhältnis	181
1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	181
2. Bedeutung des institutionellen Gleichgewichts für die vertikale Ebene.....	182
IV. Auswirkungen der Asymmetrie auf das vertikale Verhältnis.....	183
1. Aufweichung der vertikalen Kompetenzordnung	183
2. Asymmetrie im vertikalen Verhältnis und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung	184
D. Kritikpunkte an der Asymmetrie der Integrationsmodi	185
I. Vertiefung des Demokratiedefizits.....	185
1. Demokratie und Demokratiedefizit in der Europäischen Union	185
2. Verminderter Einfluss der demokratisch legitimierten Rechtsetzungsorgane	186
a) Rechtsetzung unter Ausschluss von Rat und Europäischem Parlament.....	186
b) Beeinflussung der Legislative durch die Judikative	187
3. Rechtsetzung unter Ausschluss der demokratisch legitimierten Rechtsetzungsorgane der Mitgliedstaaten	189
a) Bedeutungsverlust nationaler Gesetze in allen Politikbereichen.....	189
b) Bedeutungsverlust der nationalen Zustimmungsgesetze zum Vertrag	189
4. Demokratische Legitimation des Gerichtshofes	190
a) Institutionelle Legitimation des Gerichtshofes	190
b) Personelle Legitimation des Gerichtshofes	191
c) Sachlich-inhaltliche Legitimation des Gerichtshofes	193
5. Fazit.....	193
II. Einschränkungen des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten	194
1. Erweiterung des Handlungsspielraums durch Two-level Game	194

2.	Einschränkung des Handlungsspielraums bei grenzüberschreitenden Sachverhalten	195
a)	Einschränkungen aufgrund transnationaler Integrationsnormen	195
b)	Einschränkungen durch Europäischen Grundrechte	197
c)	Einschränkung durch Rechtsprechung zum Sekundärrecht	197
3.	Einschränkung des Handlungsspielraums bei mitgliedersstaatsinternen Sachverhalten	198
a)	Harmonisierungsdruck für rein interne Sachverhalte	198
b)	Determination der Art der Beseitigung des Verstoßes durch den Gerichtshof	199
c)	Vernachlässigung des grenzüberschreitenden Bezuges	199
4.	Fazit	200
III. Rechtsunsicherheit		200
IV. Mangelnde Steuerungsmöglichkeit der Integration		203
V. Gefahr der mangelnden Akzeptanz der Urteile durch die Mitgliedstaaten		204
1.	Gründe für die Akzeptanz der Rechtsprechung durch die Mitgliedstaaten	204
2.	Anzeichen für Beendigung der Kooperation	205
VI. Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftsverfassungsrechtlicher Wettbewerbsneutralität der Mitgliedstaaten und der Verwirklichung des Binnenmarkts		207
E. Fazit der kritischen Betrachtung der Asymmetrie		209
Kapitel 6: Abmilderung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration		209
A. Stärkung der positiven Integration im Tourismusbereich		209
I. Handlungskompetenzen als Voraussetzung der Stärkung der europäischen Legislative		210
1.	Kompetenzübertragung im Tourismusbereich durch Art. 195 AEUV	211
a)	Handlungskompetenz der Union nach Art. 195 AEUV	211
aa)	Allgemeiner Handlungsspielraum der Union bei Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen	211
bb)	Konkreter Handlungsspielraum der Union innerhalb der drei Handlungsvarianten	212
cc)	Beteiligung aller Mitgliedstaaten an Maßnahmen nach Art. 195 AEUV nicht erforderlich	214
dd)	Verfolgung eigener Ziele durch die Union und/oder die Mitgliedstaaten	214
ee)	Materieller Betätigungsbereich der Union	216
ff)	Adressaten des Art. 195 AEUV	217
b)	Formeller Gehalt des Art. 195 AEUV	218
aa)	Handlungsformen zum Tätigwerden	218
bb)	Rechtsetzungsverfahren	219
c)	Fazit	220
2.	Fruchtbarmachung der Kompetenzen in angrenzenden Bereichen für die Ziele der europäischen Tourismuspolitik	220
a)	Binnenmarktkompetenz in Art. 114 AEUV	221

b)	Kompetenzgrundlagen zur Dienstleistungsfreiheit.....	223
c)	Kompetenz aus dem Bereich des Verkehrs	224
d)	Kompetenzen aus dem Bereich des Verbraucherschutzes.....	224
e)	Kompetenz aus der Kohäsionspolitik	225
f)	Kompetenz aus dem Bereich Freizügigkeit	225
g)	Kompetenzen aus dem Bereich Kultur	226
h)	Kompetenz aus dem Bereich Industrie	226
i)	Flexibilitätsklausel.....	227
aa)	Anwendung des Art. 352 AEUV bei Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen.....	227
bb)	Tourismus als Ziel im Rahmen des Art. 352 AEUV	228
cc)	Stellungnahme.....	229
j)	Fazit zur Heranziehung anderer Kompetenznormen	229
3.	Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Tourismusbereich	229
4.	Inhaltliche Grenzen der Kompetenzübertragung	230
5.	Fazit.....	231
II.	Reaktion des Vertrags- bzw. Gesetzgebers auf die Rechtsprechung.....	232
1.	Allgemeines.....	232
2.	Anpassung des Sekundärrechts	232
3.	Anpassung des Primärrechts	234
4.	Wechselwirkung zwischen Sekundärrecht und Primärrecht.....	235
5.	Probleme der Mehrheitsfindung im Rat und Ansätze zur deren Überwindung	236
a)	Probleme der Mehrheitsfindung	236
b)	Ansätze zur Überwindung der Probleme der Mehrheitsfindung	237
III.	Offene Methode der Koordinierung im Tourismusbereich	239
IV.	Einführung einer Querschnittsklausel im Tourismusbereich.....	240
V.	Stärkere Einbeziehung nationaler Parlamente in den Rechtsetzungsprozess.....	241
VI.	Stellungnahme zur Stärkung der positiven Integration im Tourismusbereich.....	243
B.	Eingrenzung der negativen Integration im Tourismusbereich.....	244
I.	Möglichkeiten der Eingrenzung der EuGH-Urteile.....	245
1.	Ungehorsam des betroffenen Mitgliedstaates gegenüber dem EuGH	245
a)	Aufkündigung der Präjudizwirkung der Urteile des Gerichtshofs	245
b)	Boykott des Vorlageverfahrens	247
2.	Politisch kontrollierte Opt-outs zum Schutz des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten.....	247
3.	Einführung von Sondervoten beim EuGH	248
a)	Dissentierungsverbot als Status quo	248
b)	Sondervoten an anderen obersten Gerichten	248
c)	Fazit zur Einführung von Sondervoten am EuGH.....	249
4.	Bildung eines europäischen Kompetenzgerichts.....	251

a)	Klassische Zuständigkeiten des Kompetenzgerichts	252
b)	Überprüfung der Urteile des EuGH durch das Kompetenzgericht	252
c)	Stellungnahme.....	253
II.	Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	253
1.	Grenzen bei der Lückenfüllungsfunktion.....	254
2.	Grenzen bei der Lösung politischer Formelkompromisse	257
3.	Keine Rechtfertigung über die Stärkung des Individualrechtsschutzes.....	258
4.	Forderung nach Judicial Self-Restraint	258
III.	Parlamentarische Mitbestimmung bei der Auswahl der Richter des EuGH	259
IV.	Inhaltliche Eingrenzung transnationaler Integrationsnormen.....	260
1.	Eingrenzung der Grundfreiheiten.....	261
a)	Mögliche Orientierungshilfen.....	262
aa)	Regime der WTO für Dienstleistungen (GATS).....	262
bb)	Reichweite der Grundfreiheiten im Steuerrecht	263
cc)	Reichweite der Grundfreiheiten im Gesundheitsrecht.....	264
b)	Konkrete Anknüpfungspunkte	265
aa)	Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten	265
aaa)	Reduzierung des Anwendungsbereichs auf den Kompetenzbereich der Union.....	265
bbb)	Bestimmung des abschließenden Charakters von Sekundärrecht	266
bb)	Ebene des Schutzbereichs.....	266
aaa)	Engerer Bezug zu wirtschaftlicher Tätigkeit.....	266
bbb)	Auslegung der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbot.....	268
ccc)	Konsequenterer Einschränkung der Dassonville-Formel durch Keck.....	269
cc)	Rechtfertigungsebene	271
aaa)	Großzügige Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe	272
bbb)	Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für Diskriminierungen	274
(1)	Anwendung auf unterschiedliche Diskriminierungsarten	274
(2)	Einheitliche Auslegung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe	276
dd)	Die Geltung kompetenzbeschränkender Prinzipien für die Rechtsprechung bei der Beurteilung mitgliedstaatlicher Maßnahmen.....	277
aaa)	Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung für die Rechtsprechung	277
bbb)	Wahrung der mitgliedstaatlichen Identität in Art. 4 Abs. 2 EUV	278
ccc)	Prüfung der kompetenzbeschränkenden Prinzipien in der Verhältnismäßigkeit.....	279
ddd)	Subsidiaritätsprinzip	280
ee)	Fazit zu den konkreten Anknüpfungspunkten für die Eingrenzung der Grundfreiheiten	281
2.	Eingrenzung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts	282
a)	Ebene des Schutzbereichs.....	282
b)	Schrankenebene	284
c)	Fazit zur Eingrenzung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts.....	285
3.	Eingrenzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots.....	285
a)	Ebene des Schutzbereichs	285

b) Schrankenebene	287
c) Fazit zur Eingrenzung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes	288
V. Fazit zur Eingrenzung der negativen Integration	288
1. Ansatzpunkte außerhalb der Anwendung transnationaler Integrationsnormen	289
2. Ansatzpunkte innerhalb der Anwendung transnationaler Integrationsnormen	290
C. Gesamtbewertung der Ansätze zur Abmilderung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration im Tourismusbereich.....	292
 Kapitel 7: Zusammenfassendes Ergebnis und Zwischenergebnisse in Thesenform.....	
	294
A. Zusammenfassendes Ergebnis.....	294
B. Zwischenergebnisse in Thesenform	296

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BayVBl.	Bayrisches Verwaltungsblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CMLRev.	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
ELRev.	European Law Review
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft
f.	folgende

ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GRCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
JCMS	Journal of Common Market Studies
JRP	Journal für Rechtspolitik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KOM	Europäische Kommission
Lit.	littera
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MPIFG	Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NvWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RRa	ReiseRecht aktuell
Rs.	Rechtssache

S.	Seite
Slg.	Sammlung
Tz.	Teilzahl
u.a.	unter anderem
VerwA	Verwaltungsarchiv
Vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEI	Zentrum für Europäische Integrationsforschung
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZFHD	Zeitschrift für Hochschuldidaktik

Kapitel 1: Einführung

A. Einleitung

Die Integration in der Europäischen Union nimmt nicht stets denselben Weg, sondern vollzieht sich auf verschiedene Art und Weise. Ein Ansatz zur Differenzierung der Integrationsformen ist die – insbesondere in der Politikwissenschaft verbreitete – Einteilung in negative und positive Integration.¹ Trotz der Verbreitung dieser Einteilung wird das Begriffspaar nicht einheitlich verwendet. Im Ergebnis lässt sich negative Integration grob umreißen als die Beseitigung nationaler Regelungen durch Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und positive Integration als die Re-Regulierung auf europäischer Ebene. Erfahrungsgemäß sind beide Integrationsmodi nicht in gleichem Maße erfolgreich, denn negative Integration vollzieht sich meist schneller und geht weiter als positive Integration.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern diese Asymmetrie zwischen den beiden Integrationsmodi sich auf rechtliche Grundprinzipien der Europäischen Union auswirkt. Naheliegend ist, dass die Asymmetrie das institutionelle Gleichgewicht der Union auf horizontaler Ebene, also zwischen den Organen der Union, beeinflusst. Ebenfalls berührt sie auf vertikaler Ebene, also zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, welches die Kompetenzabgrenzung zwischen Union und den Mitgliedstaaten sichert. Auch Auswirkungen auf die demokratische Legitimation der Entscheidungen der Europäischen Union sind zu befürchten. Zum einen besteht das Risiko einer Verdrängung der demokratisch stärker legitimierten Organe wie dem Europäischen Parlament und dem Rat durch die vom schwächer legitimierten Gerichtshof ausgehende dominantere negative Integration. Zum anderen wird das bereits bestehende Demokratiedefizit vertieft durch eine Nichtanwendung mitgliedstaatlicher Gesetze bei einem Verstoß gegen transnationale Integrationsnormen und zwar ohne Füllung der entstandenen Regelungslücke durch ein im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassenes Gesetz auf europäischer Ebene. Denkbar sind bei starker negativer Integration außerdem Einschränkungen der Handlungsspielräume von Mitgliedstaaten in Bezug auf rein nationale Sachverhalte.

Diese nachteiligen Auswirkungen der Asymmetrie verleiten leicht zur Kritik an der Rechtsprechung des EuGH zu transnationalen Integrationsnormen, welche zu einer umfangreichen negativen Integration führt. Eine pauschale Kritik ist jedoch wenig zielführend, zu-

¹ *Scharpf*, *Regieren in Europa*, S. 47ff.

mal der EuGH durch seine zukunftsgerichtete und zum Teil progressive Rechtsprechung einen beispiellosen und wertvollen Beitrag zur Integration der Europäischen Union geleistet hat.

Gleichwohl stellt sich die Frage, wie sich die aus der Asymmetrie entstehenden Nachteile abmildern beziehungsweise die Asymmetrie selbst verringern lässt. Dazu bieten sich zwei Vorgehensweisen an: Die Stärkung der positiven Integration und die Abschwächung der negativen Integration.

Mit Blick auf den immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker gilt es vorrangig, die positive Integration zu stärken. Als Grundlage lassen sich dafür Handlungskompetenzen der Europäischen Union zum Erlass von Sekundärrecht heranziehen. Im vorliegend exemplarisch untersuchten Tourismusbereich wurde der Union durch den Vertrag von Lissabon in Art. 6 i.V.m. Art. 195 AEUV eine neue Kompetenz übertragen, welche zu einer Stärkung der positiven Integration führen könnte. Neben der Inanspruchnahme dieser neuen Kompetenz wäre denkbar, zur weiteren Stärkung der positiven Integration auf Kompetenzgrundlagen aus angrenzenden Sachgebieten zurückzugreifen.

Unabhängig von der Existenz ausreichender Kompetenzgrundlagen scheitert die Gesetzgebung auf europäischer Ebene – und somit die positive Integration – oftmals an der erforderlichen Mehrheitsfindung im Rat. Daher ist nach Ansätzen für die Überwindung dieses strukturellen Problems zu suchen. Darüber hinaus ließe sich die bestehende Asymmetrie möglicherweise durch einen Rückgriff auf die offene Methode der Koordinierung, die Einführung einer Querschnittsklausel für den Tourismusbereich sowie eine stärkere Einbeziehung nationaler Parlamente in die Subsidiaritätskontrolle beim Gesetzgebungsprozess auf europäischer Ebene verringern.

Neben der Stärkung der positiven Integration liegt auch in der Beschränkung der negativen Integration einiges Potential. In diesem Zusammenhang hat auch der ehemalige Bundesverfassungsrichter *Dieter Grimm* seinen Beitrag zur Europa-Debatte vom August 2014 mit der Überschrift „Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung“ betitelt.²

Dabei ist auch an Maßnahmen zu denken, welche die Nachteile negativer Integration vermindern. In Frage kommt beispielsweise eine Mitbestimmung der nationalen Parlamente bei der Richterauswahl für den EuGH. Vom Ministerrat politisch kontrollierte Opt-Outs einzelner Mitgliedstaaten könnten zudem den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten schützen. Auch die Einführung von Sondervoten innerhalb der Spruchkörper des Gerichtshofs, die Bildung eines europäischen Kompetenzgerichts und die Konkretisierung der Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH werden in diesem Zusammenhang diskutiert.

² *Grimm*, Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung, FAZ vom 10.8.2014, S. 11.

Über diese Ansätze hinaus könnten sich erhebliche Eingrenzungsmöglichkeiten der negativen Integration durch eine restriktivere Auslegung und Anwendung der Grundfreiheiten, des allgemeinen Freizügigkeitsrechts und des allgemeinen Diskriminierungsverbots ergeben. In der Prüfung der Verhältnismäßigkeit nationaler Maßnahmen könnten schließlich die beiden kompetenzbeschränkenden Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität, an die nicht nur die Legislativorgane der Europäischen Union, sondern auch der Gerichtshof gebunden ist, vom EuGH bei der Abwägung nationaler und europäischer Interessen Beachtung finden.

Die vorliegende Arbeit untersucht die vorgenannten Ansätze zur Auflösung der Asymmetrie am Beispiel des Tourismusbereichs. Dieser Bereich wurde ausgewählt, da die zahlreichen grenzüberschreitenden Sachverhalte in diesem Umfeld zu etlichen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs zu transnationalen Integrationsnormen geführt haben und der Tourismus darüber hinaus eine enorme wirtschaftliche Bedeutung für die Europäische Union hat.

B. Gang der Untersuchung

In dem nachfolgenden Kapitel 2 untersucht diese Arbeit zunächst die – bisher nicht einheitliche und zum Teil wenig trennscharfe – Verwendung des Begriffspaares negative und positive Integration in der Literatur. Dabei werden eigene Charakteristika für beide Integrationsmodi bestimmt sowie eine klare definitorische Abgrenzung herausgearbeitet. Ausgehend von der gefundenen Begriffsbestimmung erfolgt eine Bestandaufnahme und Analyse der beiden Integrationsmodi im Tourismusbereich.

Bei den in Kapitel 3 untersuchten Maßnahmen der negativen Integration im Tourismusbereich liegt der Schwerpunkt auf der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu transnationalen Integrationsnormen, wie der Dienstleistungsfreiheit, dem allgemeinen Diskriminierungsverbot und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht. Eine Analyse der Maßnahmen der positiven Integration folgt in Kapitel 4. Die Maßnahmen beinhalten Regelungen über und unterhalb der Normebene im Tourismusbereich und in angrenzenden Materien. Aus der Zusammenschau der beiden Integrationsmodi in Kapitel 5 lässt sich eine Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration auf europäischer Ebene erkennen, da die negative Integration stärker ausgeprägt und die positive Integration zurückhaltender ist. Zum besseren Verständnis der Ursachen dieser Asymmetrie schließt sich eine Analyse verschiedener Faktoren an, die den Nährboden für die Diskrepanz der beiden Integrationsmodi im Tourismusbereich geschaffen haben.

Nach dieser Analyse anhand des konkreten Fallbeispiels Tourismus untersucht diese Arbeit die Auswirkungen der Asymmetrie auf unterschiedlichen Ebenen. Auf horizontaler Ebene führt sie zu einer Machtverschiebung von den Legislativorganen, Rat und Europäisches Parlament, hin zur Judikative. Im vertikalen Verhältnis wirkt sich die negative Integration insbesondere auf Regelungsmaterien aus, die gemäß der unionsrechtlichen Kompetenzverteilung eigentlich in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sind. In Kapitel 6 zeigt diese Arbeit Wege zur Verringerung der Asymmetrie zwischen den beiden Integrationsmodi im Tourismusbereich. In diesem Rahmen folgt eine Untersuchung, inwiefern dies durch die Stärkung der positiven Integration und/oder die Begrenzung der negativen Integration zu erreichen ist und auf welche Weise die nachteiligen Auswirkungen der Asymmetrie sich abmildern lassen.

Kapitel 2: Negative und positive Integration und Tourismus in Europa

A. Die Integrationsmodi negative und positive Integration

I. Begriff der Integration

Integration beschreibt unabhängig von einem bestimmten wissenschaftlichen Kontext einen Einigungsprozess beziehungsweise die Zusammenführung verschiedener Einzelelemente zu einem einheitlichen Ganzen.³ Vom Begriff der Integration ist stets sowohl der dynamische Prozess als auch das statische Ergebnis umfasst.⁴ Bezogen auf die Integration zwischen selbstständigen Staaten wird unter dem Begriff nach allgemeiner Definition die Zusammenführung und Koordination staatlicher Aufgabenerledigung und Hoheitsausübung unter Veränderung bestehender Kooperationsstrukturen zum Zwecke der Schaffung einer neuen integrierten Einheit verstanden.⁵

II. Theorien der Europäischen Integration

Im Bereich der Politikwissenschaften wurden nach dem zweiten Weltkrieg verschiedene Erklärungsmuster für den Integrationsprozess, seine Wirkungen und Erfolgsbedingungen

³ *Brockhaus*, Enzyklopädie, Band 13, Stichwort „Integration“; *Raible*, Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration, S. 28; *Black's Law Dictionary*, Stichwort „integration“; *Pinder*, Positive integration and negative integration, *World Today* Vol. 24 1968, S. 88.

⁴ Vgl. auch *Bieling/Lerch*, Theorien der Europäischen Integration – Ein Systematisierungsversuch, in: *Bieling/Lerch*, Theorien der Europäischen Integration, S. 9, 13; *Raible*, Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration, S. 28.

⁵ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 30; *Raible*, Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration, S. 28.

sowie das Verhalten der ihn steuernden Akteure entwickelt.⁶ Die Integrationstheorien reflektieren nicht immer präzise die rechtlichen Voraussetzungen verschiedener Integrationsstufen, sodass sich rechtliche Schlussfolgerungen aus ihnen nicht direkt ableiten lassen. Da das in der vorliegenden Arbeit zu untersuchende Konzept der negativen und positiven Integration seinen Ursprung an der Schnittstelle zwischen Politik- und Rechtswissenschaften hat, dient ein Grundverständnis der politikwissenschaftlichen Integrationstheorien jedoch dazu, sich dem Konzept der negativen und positiven Integration und dessen Bedeutung in der Europäischen Union zu nähern. Im Groben bestehen zwei Strömungen unter den verschiedenen Integrationstheorien: Supranationale und intergouvernementale Ansätze.

1. Supranationale Ansätze

a) Föderalismus

Ein Ursprung des Föderalismus als integrierendes politisches Konzept liegt in der Diskussion der Verfassungsgebung der Vereinigten Staaten von Amerika.⁷ In der Europäischen Union entspricht das zu erreichende Integrationsziel einem europäischen Bundesstaat.⁸ Andere Organisationformen werden als Zwischenschritte des Integrationsprozesses gewertet.⁹ Zentralistischen Tendenzen sollen nach dem Föderalismus eine vertikale und horizontale Gewaltenteilung sowie eine klare Kompetenzordnung, die autonomieschonend allen Ebenen eigene Aufgabenbereiche zuweist, entgegenwirken.¹⁰ Dabei bestehe das Primat der Politik gegenüber der Ökonomie und dem Recht. Integration sei als politischer Prozess zu begreifen, der nicht ohne oder gar gegen den Willen der Mitgliedstaaten durchgesetzt werden könne.¹¹ Die Bildung der Europäischen Institutionen, allen voran des Europäischen Parlaments gelten im Rahmen des Föderalismus als wichtige Faktoren des Integrationsfortschritts.¹² Darüber hinaus solle die Rolle des EuGH in seiner Stellung und Funktion grundsätzlich den Verfassungsgerichten anderer Bundesstaaten nachgebildet werden.¹³

⁶ Behrens, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 14.

⁷ Siehe dazu vertiefend Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 117; Moses, Is constitutional symmetry enough?, *JCMS* 2011, S. 823, 832.

⁸ Behrens, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 24.

⁹ Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 132; Isensee, Integrationsziel Europastaat?, in: Due/Lutter/Schwarze, FS Everling, S. 567ff.

¹⁰ Weidenfeld/Wessels, Europa von A bis Z, 8. Auflage 2002, S. 286.

¹¹ Behrens, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 23.

¹² Spinelli, Ein Europäisches Europa, in: Ziebura, Nationale Souveränität oder übernationale Integration?, S. 42, 44; Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 130.

¹³ Höreth, Stille Revolution im Namen des Rechts, ZEI Discussion Paper C 78 2000, S. 37.

b) Funktionalismus und Neofunktionalismus

Nach dem klassischen Funktionalismus ist Integrationsziel die Vergemeinschaftung bestimmter technischer Funktionsbereiche in denen sich die Gemeinschaft gegen Nationalstaaten durchsetzt.¹⁴ Gemäß dem Gestaltungsprinzip *form follows function* sind die politischen Strukturen im Funktionalismus an Sachzwänge anzupassen, die sich beispielsweise aus den internationalen Wirtschaftsbeziehungen ergeben. Streng verstanden führt dies dazu, dass das Politische durch ökonomische, technische und administrative Vorgaben an den Rand gedrängt wird.¹⁵ Es wird angenommen, dass der politische Wille, welcher als notwendig für die Errichtung internationaler Organisation erachtet wird, sich einstellt, sofern organisatorische und funktionale Bedürfnisse durch die Organisation befriedigt werden.¹⁶

Auch im Neofunktionalismus ist die Erfüllung ökonomischer, sozialer und technischer Funktionen durch internationale Organisationen Grundlage der Integration. Darüber hinausgehend beschreibt diese Theorie das Ziel der Integration jedoch als ein System kollektiver Entscheidungsprozesse auf dessen Institutionen die Nationalstaaten ihre Entscheidungsbefugnisse übertragen haben.¹⁷ Im Neofunktionalismus wird betont, dass der Prozess der Integration nicht vornehmlich von politischen intergouvernementalen Entscheidungen abhängt, sondern vielmehr von dem Effekt des „*spill-over*“ profitiert. Danach werden durch die Integration eines Bereichs Sachzwänge geschaffen deren Bewältigung die Integration eines weiteren Bereiches erforderlich machen. Durch diesen Mechanismus gewinnt die einmal begonnene Integration zwischen nationalen Staaten eine gewisse Eigendynamik, die sich auch auf die politische Integration auswirken kann.¹⁸ Das rechtsprechende Organ muss nach neofunktionalistischer Sicht unpolitisch sein, da sonst die Anerkennung und Reichweite der Rechtsprechung und deren Potential, einen Spill-over-Effekt zu erzeugen, gefährdet sind.¹⁹ Zum Teil wird neben dem klassischen Spill-over auch ein sogenannter „*Cultivated Spill-over*“ ausgemacht. Danach bestehe ein eigenes Interesse der

¹⁴ Behrens, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 21.

¹⁵ Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 162.

¹⁶ Behrens, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 21.

¹⁷ Vgl. auch die Integrationsdefinition bei Haas, dem geistigen Vater des Neofunktionalismus “Integration is the process whereby political actors in several distinct national settings are persuaded to shift their loyalties, expectations and political activities toward a new center, whose institutions possess or demand jurisdiction over the pre-existing national states. The end results of a process of political integration is a new political community, superimposed over the pre-existing ones” Haas, *The Uniting of Europe*, S. 16; Behrens, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 22.

¹⁸ Stroyby-Jensen, Neofunctionalism and the european social and labor market policy, *JCMS* 2000, S. 71, 73/74; Burley/Mattli, *Europe before the Court*, *International Organization* 1993, S. 41, 55; Busch, in: Loth/Wessels, *Theorien der Europäischen Integration*, S. 247, 250; Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 169; Merkel, *Integration and Democracy in the European Community: The contours of a dilemma*, S. 6; Busch, in: Loth/Wessels, *Theorien europäischer Integration*, S. 247, 250.

¹⁹ Höreth, *Stille Revolution im Namen des Rechts?*, *ZEI Discussion Paper C 78* 2000, S. 36.

supranationalen Institutionen, den Integrationsprozess weiter zu vertiefen.²⁰ Supranationale Organe und Institutionen nutzen ihre neutrale Rolle bei zwischenstaatlichen Verhandlungen, die an strukturellen Problemen bei der Erzielung effektiver Kompromisse für ein Kooperationsverhältnis leiden.²¹ Im Ergebnis befinden sich die gefundenen Lösungen meist auf einem höheren Integrationsniveau als zunächst aufgrund der anfänglichen Verhandlungspositionen der Nationalstaaten zu erwarten gewesen wäre.²²

2. Intergouvernementale Ansätze

a) Pluralismus

Nach der pluralistischen Integrationstheorie ist Integration ein politischer Prozess, bei dem die zu integrierenden Staaten in ihrer Souveränität unberührt bleiben. Am Ende des Integrationsprozesses steht eine Staatengemeinschaft, die nicht durch überstaatliche Institutionen, sondern durch ein hohes Maß diplomatischen, ökonomischen, sozialen und kulturellen Austausches zwischen ihren Mitgliedern gekennzeichnet ist.²³ Hauptziel dieser Gemeinschaft ist die Friedenssicherung und die nationale Sicherheit, wobei Wirtschaftsbeziehungen eher in den Hintergrund treten.²⁴

b) (Neo-) Realismus

Im Realismus²⁵ wird die europäische Integration als eine Anpassung der Nationalstaaten an die veränderten Gegebenheiten im globalen Kontext gesehen. Die Nationalstaaten haben allein nicht mehr genügend Machtpotential und seien daher gezwungen miteinander zu kooperieren, um ihre Interessen zu bewahren und durchzusetzen.²⁶ Dabei wird ein supranationaler Charakter der Gemeinschaft abgelehnt und die Nationalstaaten behalten ihren Charakter als Basiseinheiten der politischen Ordnung bei.²⁷ Der EuGH wird als technokratische Einrichtung klassifiziert, dessen Rechtsprechung von den Mitgliedstaaten nur so

²⁰ *Busch*, in: Loth/Wessels, Theorien europäischer Integration, S. 247, 250.

²¹ *Conzelmann*, in: Schieder/Spindler, Theorien der Internationalen Beziehungen, S. 145, 157.

²² *Höreth*, Stille Revolution im Namen des Rechts?, ZEI Discussion Paper C 78 2000, S. 33.

²³ *Pentland*, International Theory and European Integration, S. 29; *Behrens*, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 20.

²⁴ *Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 195; *Behrens*, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 20.

²⁵ Zum von Stanley Hoffmann geprägten Intergouvernementalismus als Variante des (Neo-)Realismus siehe *Bieling*, Intergouvernementalismus, in: *Bieling/Lerch*, Theorien der Europäischen Integration, S. 91.

²⁶ *Link*, Die Entwicklungstendenzen der Europäischen Integration und die neo-realistische Theorie, *Zeitschrift für Politik* 48 (2001), S. 302ff.; *Rotte*, Zur Didaktik politikwissenschaftlicher Theorien der europäischen Integration: Ein praxisorientierter Überblick, *ZFHD* 2005, S. 54, 62.

²⁷ *Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 191; *Merkel*, Integration and Democracy in the European Community: The contours of a dilemma, S. 13.

lange akzeptiert wird, wie sie den Interessen der Mitgliedstaaten nicht entgegenläuft und die Souveränität der Mitgliedstaaten nicht beschädigt.²⁸

3. Verhältnis der Integrationstheorien zum Konzept der negativen und positiven Integration

Das Konzept der negativen und positiven Integration ist nicht als weitere Integrationstheorie zu verstehen, welche sich um eine Erklärung der Integration bemüht. Vielmehr beschreibt es den konkreten Prozess der Integration in der Europäischen Union und klassifiziert Integrationsentwicklungen in zwei unterschiedliche Ausformungen der Integration. Negative und positive Integration sind zwei unterschiedliche Modi, durch welche jeweils eine höhere Integrationsstufe erreicht wird.²⁹ Eine konkrete Verortung des Konzepts der negativen und positiven Integration im Raster der vorgenannten Integrationstheorien erübrigt sich daher. Da das Konzept der negativen und positiven Integration insbesondere auf den europäischen Binnenmarktbereich angewendet wird und die negative Integration dort ihren Ursprung hat, lässt sich dieses Konzept jedoch zumindest nicht mit einem pluralistischen Integrationsverständnis vereinbaren. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts sowie die unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrechts, welche Grundvoraussetzungen für die negative Integration sind, sind gleichzeitig grundlegende Elemente der Supranationalität.³⁰ Außerdem ist die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die höhere Ebene fundamentale Grundvoraussetzung für die positive Integration, sodass das Konzept der negativen und positiven Integration den supranationalen Ansätzen der Integrationstheorien am nächsten steht, wobei die negative Integration eine stärkere supranationale Stoßrichtung einnimmt als die positive Integration, welche früher noch stärker als heute von intergouvernementalen Elementen geprägt ist.³¹

III. Konzept der negativen und positiven Integration

Die Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration stammt ursprünglich aus der Wirtschaftspolitik.³² Sie differenziert zwischen unterschiedlichen Dimensionen einer auf Erweiterung des Wirtschaftsraums über nationalstaatliche Grenzen hinaus gerichteten

²⁸ Höreth, *Stille Revolution im Namen des Rechts*, ZEI Discussion Paper C 78 2000, S. 25.

²⁹ Raible, *Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration*, S. 33.

³⁰ Scharpf, *Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, *Europäische Integration*, S. 219, 220.

³¹ Vgl. ähnlich Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1981, S. 267, 271; Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 209.

³² Eine Bewertung der beiden Integrationsmodi ist durch die Bezeichnung als „negative“ und „positive“ Integration in der vorliegenden Arbeit nicht beabsichtigt. Die Begriffe sind der politik- und rechtswissenschaftlichen Literatur entlehnt und dienen lediglich der Abgrenzung der beiden Integrationsmodi.

nationalen Politik.³³ Dabei dürfen negative und positive Integration nicht als gegensätzliche, sich gegenseitig ausschließende Integrationskonzepte verstanden werden. Sie sind vielmehr nebeneinander anwendbare und sich ergänzende Ansätze von Integration.³⁴ Beide Integrationsmodi können unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Ansätzen zugeordnet werden: Negative Integration steht für den neoliberalen Ansatz der Herrschaft des Marktes; während positive Integration der Idee einer interventionistischen Wirtschaftspolitik entspricht. Dementsprechend wird negative Integration im ökonomischen Kontext auch als Marktintegration bezeichnet wird, während positive Integration „*Policy Integration*“ genannt wird.³⁵ In der Rechtswissenschaft werden folgend dargestellte unterschiedliche Abgrenzungsversuche vorgenommen.

1. Dualismus der Supranationalität nach Weiler

Der amerikanische Jurist *Joseph Weiler* hat den Begriff der negativen und positiven Integration zwar nicht direkt verwendet. Durch seine Beschreibung eines Dualismus der Supranationalität wird jedoch die vergleichsweise starke Ausprägung der normativen Integration der Europäischen Union gegenüber der politischen Integration verdeutlicht. Einerseits hat der sogenannte „*normative supranationalism*“, welcher das Hierarchieverhältnis zwischen Gemeinschaftsmaßnahmen und -regeln und mitgliedstaatlichen Maßnahmen und Regeln beschreibt, sich durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs fortschreitend vertieft.³⁶ Insbesondere wegen des Vorrangs des Unionsrechts vor einfachem Recht und Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten, der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten sowie der Anwendung der Implied-Powers-Doktrin durch den Gerichtshof³⁷ hat dieser Bereich den Charakter eines supranationalen, weitgehend unabhängigen Systems angenommen.³⁸

Auf der anderen Seite ist der sogenannte „*decisional supranationalism*“, welcher den institutionellen Rahmen der Europäischen Gemeinschaft und die dortigen Entscheidungsprozesse beschreibt, einer Rückentwicklung unterworfen und nimmt eher intergouverne-

³³ *Scharpf*, *Regieren in Europa*, S. 49; *Tinbergen*, *International Economic Integration*, S. 76ff.

³⁴ *Raible*, *Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration*, S. 34.

³⁵ *Molle*, *The Economics of European Integration*, S. 15. Der Begriff „*Policy Integration*“ ist nicht mit politischer Integration zu verwechseln. *Policy Integration* beschreibt die formelle Konzeption des Integrationsvorgangs, während politische Integration die Integration auf verschiedenen politischen Ebenen beschreibt (vgl. *Raible*, *Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration*, S. 34).

³⁶ *Weiler*, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1981, S. 267, 271.

³⁷ EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, S. 263 – AETR.

³⁸ *Weiler*, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1981, S. 267, 271; *Kaufmann*, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 209.

mentalistische Züge an.³⁹ Die politisch administrative Organstruktur der Europäischen Union wird durch die vorherrschende Rolle der mitgliedstaatlich dominierten Organe der Europäischen Union bestimmt.⁴⁰ Der im Gesetzgebungsprozess frühzeitig stattfindende Einfluss des Ausschusses der ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten – auch unter der französischen Abkürzung COREPER bekannt – auf Legislativmaßnahmen⁴¹ schwächt die Stellung der Kommission, welcher – weitgehend – ein exklusives Initiativrecht für Gesetzesvorhaben zusteht. Schätzungen zufolge werden bereits 80 % der Entscheidungen im COREPER gelöst und nur 20 % der Entscheidungen kommen auf die Tagesordnung des Rates.⁴² Da die Kommission die gemeinschaftlichen Interessen verfolgt und der COREPER durch seine Anbindung an den Ministerrat eher mitgliedstaatlich geprägt ist, wird dadurch die Durchsetzung gemeinschaftlicher Interessen auf politischem Wege erschwert.⁴³ Darüber hinaus wurde die – aufgrund seiner personellen Ausstattung bereits angelegte – intergouvernementale Prägung des Rates durch den Luxemburger Kompromiss und den damit einhergehenden Abstimmungsmodus der Einstimmigkeit verstärkt und der „*decisional supranationalism*“ geschwächt. Einer starken Förderung gemeinschaftlicher Interessen durch normativen Supranationalismus steht somit eine vergleichsweise schwach entwickelte Förderung gemeinschaftlicher Interessen durch politische Maßnahmen im Rahmen des „*decisional supranationalism*“ entgegen.⁴⁴ Verkürzt könnte man auch sagen, dass die normative Integration durch Recht zügiger und reibungsloser abläuft als die Integration durch Politik.⁴⁵

2. Verschiedene Begriffsverwendungen in der Wissenschaft

a) Begriffsverwendung bei Tinbergen

Einer der ersten Autoren, die eine Einteilung in negative und positive Integration vornahmen, war der niederländische Wirtschaftswissenschaftler *Jan Tinbergen*. Nach seiner De-

³⁹ Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1981, S. 267, 271; siehe auch *Burley/Mattli*, *Europe before the Court*, *International Organization* 1993, S. 41, 47.

⁴⁰ Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1981, S. 267, 283ff; Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 209.

⁴¹ COREPER ist ein Ausschuss der sich aus Vertretern der Regierungen aller Mitgliedstaaten zusammensetzt, nach Art. 240 AEUV soll er die Arbeiten des Rates vorbereiten und die vom Rat ihm übertragenen Aufträge ausführen. Im Gesetzgebungsprozess wird der COREPER stets vor der Befassung des Rates mit einem Vorschlag der Kommission tätig. Bei Einigung im COREPER wird dem Rat der Rechtsetzungsvorschlag nur noch als ohne Erörterung zu verabschiedender Tagesordnungspunkt vorgelegt (vgl. Härtel, *Handbuch Europäische Rechtsetzung*, S. 92, Rn. 29).

⁴² Härtel, *Handbuch Europäische Rechtsetzung*, S. 92, Rn. 29.

⁴³ Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1981, S. 267, 285.

⁴⁴ Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 209.

⁴⁵ Höreth, *Stille Revolution im Namen des Rechts?*, *ZEI Discussion Paper C 78 2000*, S. 19.

definition, die nicht nur für den Integrationsraum der Europäischen Union gilt, besteht negative Integration vor allem aus der Reduzierung bzw. Abschaffung von Handelshindernissen zwischen nationalen Volkswirtschaften, wozu die Reduzierung der Verpflichtungen beim Import und Erweiterung von Einfuhrquoten zählen.⁴⁶ Positive Integration hingegen ist die Schaffung neuer Institutionen und Maßnahmen, die einer zentralisierten Handhabung bedürfen, sowie die Modifikation bestehender Maßnahmen.⁴⁷ Einer zentralisierten Handhabung bedürften alle Maßnahmen, die einer Verzerrung des gemeinschaftlichen Handels entgegenwirken. *Tinbergen* erwähnt in diesem Zusammenhang die Festlegung indirekter Steuern, die Redistribution der Finanzressourcen zwischen den Ländern, die Regulierung instabiler Märkte sowie die Schaffung einer Planungsagentur auf supranationalem Level, welche die Wirtschaftspolitik auf diesem Level vorbereitet. Darüber hinaus bedürfen auch die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Unterstützung weniger entwickelter Regionen in ihrem eigenen Staatsgebiet einer zentralisierten Überwachung.⁴⁸ Die positive Integration kann nach *Tinbergen* somit sowohl Maßnahmen umfassen, welche regulierend wirken (bspw. Verteilung der Finanzressourcen, Regulierung instabiler Märkte, Einführung einer Planungsagentur), als auch Maßnahmen, die marktschaffend wirken (bspw. Überwachung der mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Unterstützung schwacher Regionen). *Tinbergen* macht die Differenzierung zwischen negativer und positiver Integration weniger an inhaltlichen als vielmehr an strukturellen Elementen fest.⁴⁹ Negative Integration ist die Abschaffung einzelner Handelshindernisse zwischen den nationalen Volkswirtschaften, während positive Integration die zentralisierte Neuschaffung einheitlicher Institutionen oder Regelungen bedeutet.⁵⁰

b) Begriffsverwendung bei Pinder

Der Wirtschaftswissenschaftler *John Pinder* wendet das Begriffspaar negative und positive Integration im Jahr 1968 explizit auf die Europäische Union an. Er definiert negative Integration als Abschaffung von Diskriminierungen und positive Integration als die Bildung und Anwendung koordinierter und gemeinsamer Politiken, um ökonomische und gemeinwohlbezogene Ziele zu erreichen.⁵¹ Im Gegensatz zu *Tinbergen*, bei dem die Struk-

⁴⁶ *Tinbergen*, International Economic Integration, S. 77.

⁴⁷ *Tinbergen*, International Economic Integration, S. 78.

⁴⁸ *Tinbergen*, International Economic Integration, S. 78/79.

⁴⁹ So *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 78.

⁵⁰ *Tinbergen*, International Economic Integration, S. 76; *Pinder*, Positive integration and negative integration, The world today Vol. 24 1968, S. 88, 90.

⁵¹ Wörtlich spricht *Pinder* von „negative Integration“ als „part of the economic integration that consists of the removal of discrimination“ und von „positive integration“ als „the formation and application of coordinated and common policies in order to fulfil economic and welfare objectives other than the removal

tur der Maßnahme als Hauptdifferenzierungskriterium dient, legt *Pinder* den Schwerpunkt der Abgrenzung auf die Zielrichtung einer Maßnahme. Er fragt, ob die Maßnahme Diskriminierungen abschaffen oder das Gemeinwohl auf eine andere Art und Weise fördern soll.⁵² Welche Art von Instrumenten für die positive Integration zur Anwendung kommen sollen lässt *Pinder* offen.

c) **Begriffsverwendung bei Scharpf**

Zahlreichen Publikationen, welche das Konzept der negativen und positiven Integration aufgreifen, liegt die Begriffsverwendung des deutschen Rechts- und Politikwissenschaftler *Fritz Scharpf* zugrunde.⁵³ In einem Diskussionspapier aus der Mitte der neunziger Jahre verwendet *Scharpf* erstmals die Begriffe negative und positive Integration. Dabei zieht er eine Parallele zwischen dem von *Weiler* beschriebenen Dualismus der Supranationalität und der Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration.⁵⁴ Negative Integration profitiere vom Vorrang und der unmittelbaren Anwendbarkeit des Europarechts, also denselben Effekten, die dem „*normative Supranationalism*“ zugeschrieben werden. Positive Integration hingegen sei in der Regel von der Zustimmung im Ministerrat abhängig und damit eher intergouvernemental geprägt, also durch den „*decisional supranationalism*“ bestimmt.⁵⁵ Die Begriffsbestimmung bei *Scharpf* hat sich jedoch im Laufe der Jahre verändert.

aa) **Ursprüngliche Definition bei Scharpf**

In einer viel zitierten Publikation aus dem Jahr 1999 beschreibt *Scharpf* die negative Integration als eine Form der Integration, die auf die Beseitigung von Zöllen, von quantitativen und qualitativen Beschränkungen des freien Handels und von Behinderungen des freien Wettbewerbs abzielt. Positive Integration hingegen ist die Ausübung wirtschaftspolitischer und regulativer Kompetenzen auf der Ebene der größeren wirtschaftlichen Ein-

of discrimination“ vgl. Positive integration and negative integration, The world today Vol. 24 1968, S. 88, 90.

⁵² *Pinder*, Positive integration and negative integration, The world today Vol. 24 1968, S. 88, 90.

⁵³ Vgl. unter anderem *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, 75, 76; *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 721; *Zürn*, Die Implementation internationaler Umweltregime und „positive Integration“, MPIFG Discussion Paper 96/3, S. 8; *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 101ff.

⁵⁴ *Scharpf*, Mehrebenenpolitik im vollendeten Binnenmarkt, MPIFG Paper 94/4; selbiger Text wurde (mit einem zusätzlichen Abschnitt) erneut veröffentlicht unter dem Titel: Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Europäische Integration, S. 219ff, folgende Verweise beziehen sich auf die Veröffentlichung in Jachtenfuchs/Kohler-Koch.

⁵⁵ *Scharpf*, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Europäische Integration, S. 219/220.

heit.⁵⁶ Darüber hinaus hält er fest, dass eine vollkommene Übereinstimmung der Begriffe mit den Unterscheidungen zwischen marktschaffenden und marktkorrigierenden politischen Interventionen nicht vorliege. Zwar seien die Maßnahmen der negativen Integration ausschließlich marktschaffend. Positive Integration könne jedoch marktschaffend (bspw. durch Harmonisierung von Produktstandards) oder marktkorrigierend (bspw. Vorschriften über Arbeits- oder Umweltschutz) sein.⁵⁷ Insbesondere anhand des Weißbuchs zum Binnenmarkt des Jahres 1985, welches zum Großteil marktschaffende Sekundärrechtsakte zur Vollendung des Binnenmarktes enthielt, wird deutlich, dass positive Integration nicht nur marktkorrigierende, sondern auch marktschaffende Wirkung hat.⁵⁸

bb) Neuere Definition bei Scharpf

In einer Publikation aus jüngerer Zeit weicht *Scharpf* auch die Zuordnung der Wirkungsrichtung marktschaffend zur negativen Integration auf.⁵⁹ Bei genauer Betrachtung wird deutlich, dass er sich von der Gleichsetzung der negativen Integration mit der marktschaffenden Erweiterung der Wirtschaftsfreiheiten abwendet.⁶⁰ Zuvor war auch von anderen Autoren die Reduzierung der negativen Integration durch Rechtsprechung des EuGH auf eine marktschaffende Wirkung in Frage gestellt worden.⁶¹ Als Beispiel der negativen Integration, jedoch mit marktkorrigierender Wirkung, wurde Art. 157 AEUV zur Gleichstellung von Mann und Frau auf dem Arbeitsmarkt genannt.⁶² Diese Charakterisierung der negativen Integration losgelöst von einer marktschaffenden Wirkung ist vor allem vor dem Hintergrund der umfassenden Rechtsprechung des EuGH zum Schutz sozialer Rechte zu sehen.⁶³ Zunächst stellte der EuGH für die Wirkung sozialer Rechte stets auf einen Bezug zu den Grundfreiheiten ab und führt somit zumindest formal auch eine Marktschaffung in diesem Bereich durch seine Rechtsprechung herbei. In den Entscheidungen *Cowan*, *Carpenter*, *Zhu und Chen* tritt der Bezug zu den Grundfreiheiten und somit einer marktschaf-

⁵⁶ *Scharpf*, *Regieren in Europa*, S. 49.

⁵⁷ *Scharpf*, *Regieren in Europa*, S. 49.

⁵⁸ Vgl. *Cremer*, *Negative und positive Integration*, in: *Hatje/Huber*, *Europarecht Beiheft 1/2007*, S. 75, 82.

⁵⁹ *Scharpf*, *Individualrechte gegen nationale Solidarität*, in: *Höpner/Schäfer*, *Die politische Ökonomie der europäischen Integration*, S. 89, 90.

⁶⁰ *Scharpf*, *Individualrechte gegen nationale Solidarität*, in: *Höpner/Schäfer*, *Die politische Ökonomie der europäischen Integration*, S. 89, 90.

⁶¹ *Caporaso/Tarrow*, *Polanyi in Brussels: European Institutions and the Embedding of Markets in Society*, S. 23, 26ff.

⁶² *Ferrera*, *The Boundaries of Welfare*, S. 116; *Majone*, *Dilemmas of European Integration*, S. 155. Der Abs. 3 des Art. 141 EGV, welcher eine Handlungsermächtigung für die Union (positive Integrationsmöglichkeit) enthält, wurde erst später hinzugefügt.

⁶³ *Scharpf*, *Individualrechte gegen nationale Solidarität*, in: *Höpner/Schäfer*, *Die politische Ökonomie der europäischen Integration*, S. 89, 90.

fenden Ausrichtung der negativen Integration jedoch immer weiter in den Hintergrund.⁶⁴ Stattdessen tritt die soziale – und gleichzeitig marktregulierende – Dimension unabhängig von einem ökonomischen Bezug hervor.⁶⁵ Im Ergebnis kommt es nach der von *Scharpf* vorgenommenen Einordnung auf eine Gesamtschau der verschiedenen Charakterisierungsmerkmale einer Maßnahme an, wobei er sich weniger an den Kategorien marktschaffend oder marktregulierend orientiert, sondern vornehmlich auf die organisationsbezogene Herkunft einer Maßnahme abstellt und somit einen institutionellen Blickwinkel einnimmt.

d) Begriffsverwendung bei Kingreen

Auch der deutsche Rechtswissenschaftler *Thorsten Kingreen* hat sich in seinen Veröffentlichungen zu den Grundfreiheiten und den sozialen Rechten mit dem Konzept der negativen und positiven Integration auseinandergesetzt. Er orientiert sich an der ursprünglichen Definition von *Scharpf*. Negative Integration ist danach die zur Herstellung des freien Binnenmarktes notwendige Beseitigung nationaler Handelshemmnisse durch Aktivierung der Grundfreiheiten. Sie schaffe Märkte, gestalte diese aber nicht aus.⁶⁶ Eine Marktgestaltung durch negative Integration findet somit nicht statt, so dass die Kriterien der Marktschaffung und Marktregulierung zumindest hinsichtlich der negativen Integration zuverlässig angewendet werden könnten. Positive Integration hingegen nach *Kingreen* ist die Folge einer positiv gestaltenden Politik der Gemeinschaft, etwa im Bereich des Umwelt- und Verbraucherschutzes.⁶⁷ Sie wird durch harmonisierende bzw. koordinierende Politik mit Maßnahmen der Rechtsetzung verwirklicht und ist oftmals auf die allgemeine Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV gestützt.⁶⁸ Durch den Verweis auf Umwelt- und Verbraucherschutz einerseits und die Binnenmarktkompetenz andererseits wird deutlich, dass *Kingreen* unter positiver Integration marktschaffende und marktregulierende Maßnahmen subsumiert. Darüber hinaus betont *Kingreen* insbesondere, dass die negative Integration sich unabhängig von bestehenden Kompetenzverteilungsnormen vollzieht. Demnach hängt die Reichweite der negativen Integration – und somit auch die horizontale und vertikale Verteilung der Macht zwischen den Gewalten – von der Breite des Anwen-

⁶⁴ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 216 – Cowan; EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305 – Carpenter; Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9951 – Chen Zhu; *Caporaso/Tarrow*, Polanyi in Brussels: European Institutions and the Embedding of Markets in Society, S. 29ff.

⁶⁵ *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 89, 91.

⁶⁶ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 2.

⁶⁷ *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, S. 7; siehe auch *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 721.

⁶⁸ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 2.

dungsbereichs der Grundfreiheiten und der Wahl des Prüfungsmaßstabes bei deren Anwendung ab.⁶⁹

e) **Begriffsverwendung bei Cremer**

Der Rechtswissenschaftler *Wolfram Cremer* geht in seiner Untersuchung der negativen und positiven Integration im Sozial- und Bildungsbereich von der ursprünglichen Begriffsverwendung bei *Scharpf* aus. Anschließend spricht er den Unterscheidungskriterien „marktschaffend“ und „marktkorrigierend“ zwar nicht jede Existenzberechtigung ab, sieht in ihnen im Bezug auf die positive Integration jedoch keine Kriterien, die diese zutreffend beschreiben könnten.⁷⁰ Trotzdem hält er umgekehrt daran fest, dass Marktkorrekturen wohl allein durch positive Integration herbeigeführt werden können.⁷¹ Als weiteres Differenzierungskriterium bringt er die Unterscheidung zwischen Sekundärrecht (positive Integration) und Primärrecht (negative Integration) ins Spiel.⁷² Insbesondere betrachtet er die unterschiedlichen Integrationsmodi jedoch unter einem institutionellen Blickwinkel. Danach ist positive Integration Sekundärrecht, das auf der Ausübung von Rechtsetzungskompetenzen durch die Gesetzgebungsorgane beruht. Negative Integration ist die Beseitigung nationaler Handelshemmnisse unter Rekurs auf die Grundfreiheiten und das Wettbewerbsrecht,⁷³ wobei zentrale Akteure der Beseitigung nicht – wie zunächst naheliegen würde – die Mitgliedstaaten als Schöpfer und Herren der Verträge sind, sondern die Kommission und insbesondere der EuGH.⁷⁴ *Cremer* hebt hervor, dass negative Integration in der Gestalt der Binnenmarktrechtsprechung des EuGH sich eher rechtsgestaltend als rechtsauslegend und -anwendend vollzieht. Nach der Konzeption des Vertrages sei die Gestaltungsaufgabe doch vor allem der Sekundärrechtssetzung durch den Rat und das Europäische Parlament zugewiesen und eben nicht der Rechtsprechung.⁷⁵

3. **Bereichsspezifische Begriffsverwendungen**

Zum Teil wird das Begriffspaar der negativen und positiven Integration auch bereichsspezifisch verwendet.

⁶⁹ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 721.

⁷⁰ *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 83.

⁷¹ *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 82.

⁷² *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 82; so auch *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 6.

⁷³ Dieser Differenzierung folgend auch *Krajewski*, Grenzüberschreitende Patientenmobilität in Europa zwischen negativer und positiver Integration der Gesundheitssysteme, EuR 2010, S. 165, 167.

⁷⁴ *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 79; jeweils mit Verweis auf *Neumann*, in: Linzbach/Lübking/Scholz/Schulte, Die Zukunft der sozialen Dienste vor der Europäischen Herausforderung, S. 183, 199.

⁷⁵ *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 83.

a) Begriffsverwendung im Gesundheitsbereich

Der Politikwissenschaftler *Rolf Schmucker* definiert im Gesundheitsbereich den Begriff positive Integration unter Rückgriff auf *Scharpf* als „die Ausübung wirtschaftspolitischer und regulativer Kompetenzen auf der Ebene der größeren wirtschaftlichen Einheit“. In der Gesundheitspolitik seien dies Maßnahmen, die auf europäischer Ebene mit dem primären Ziel initiiert werden, den Gesundheitszustand der Bevölkerung zu verbessern, wobei nicht notwendig sei, dass eigene gesundheitspezifische Kompetenzen für die Maßnahmen zur Verfügung stünden.⁷⁶

Bei der Bestimmung der negativen Integration differenziert *Schmucker* nach intendierter und nicht-intendierter negativer Integration. Erstere umfasse die politisch gesteuerte Beseitigung von Handels- und Wettbewerbsbeschränkungen durch europäische Rechtsetzung in Form von Verordnungen oder Richtlinien und habe in der Regel marktschaffenden Charakter.⁷⁷ Die zweite Variante beseitige Marktbeschränkungen auf europäischer Ebene unter Anwendung von Rechtsnormen, die ursprünglich nicht für die gesundheitspolitische Regulierung vorgesehen waren. Nicht intendiert ist diese Form der negativen Integration, da der Prozess nicht Ergebnis eines politischen Entscheidungsverfahrens ist, sondern allein auf der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsrecht beruht.⁷⁸ Die von *Schmucker* vorgenommene Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration rekuriert letztlich einzig auf das Differenzierungskriterium von marktschaffender oder marktregulierender Wirkung. Die Form der Integration, die *Schmucker* als „intendierte negative Integration“ charakterisiert, wäre nach der Definition von *Scharpf*, *Kingreen* und *Cremer* als positive Integration mit marktschaffender Wirkung einzuordnen.⁷⁹ Auch im Gesundheitsbereich sollten von dieser in anderen Bereichen einheitlich vorgenommenen Einordnung keine Abweichung gemacht werden.⁸⁰ So merkt auch

⁷⁶ *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 3/4.

⁷⁷ *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 4, als Beispiele nennt er die Regulierung zur sozialen Sicherheit von Arbeitsmigranten und die Vereinheitlichung der Zulassungsanforderungen für Arzneimittel.

⁷⁸ *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 6.

⁷⁹ Bspw. ordnet *Krajewski* – entgegen der ausdrücklichen Einordnung von *Schmucker* – die Regelungen zur Arzneimittelzulassung als positive Integration ein. *Krajewski*, Grenzüberschreitende Patientenmobilität in Europa zwischen negativer und positiver Integration der Gesundheitssysteme, EuR 2010, S. 165, 168.

⁸⁰ Vgl. *Krajewski*, Grenzüberschreitende Patientenmobilität in Europa zwischen negativer und positiver Integration der Gesundheitssysteme, EuR 2010, S. 165ff.

Schmucker selbst an, dass die von ihm vorgenommene Abgrenzung zwischen positiver Integration und intendierter negativer Integration nicht immer trennscharf ist.⁸¹

b) Begriffsverwendung im Kulturbereich

Im Kulturbereich hat sich unter anderem der Jurist *Georg Ress* zu den Begriffen der negativen und positiven Integration geäußert. Nach *Ress* sind negative Integration die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts, die das kulturpolitische Instrumentarium der Mitgliedstaaten beschneiden, ohne selbst kulturpolitisch motivierte Ziele zu verfolgen.⁸² Primärrecht in Form von Grundfreiheiten, Wettbewerbsrecht, Beihilfenrecht und allgemeinen Diskriminierungsverbot und als auch Sekundärrecht, welches erlassen wurde, um die Grundfreiheiten näher auszuführen, habe eine solche Wirkung.⁸³ Merkmal der negativen Integration sei es, nationale Hindernisse, die der Verwirklichung eines gemeinsamen Marktes entgegenstehen, zu beseitigen, ohne jedoch ein eigenes Regelungssystem zu installieren.⁸⁴ Positive Integration sei hingegen die Verwirklichung kulturpolitischer Zielvorstellungen durch unionsrechtliche Regelungen. Dies geschehe sowohl durch die Ersetzung nationaler Regelungen im Gemeinschaftsregime als auch durch Maßnahmen, die aufgrund des Regelungsbedarfs, den die negative Integration hervorruft, entstanden sind.⁸⁵ Die Grundfreiheiten dienen also nicht nur der Beseitigung rechtlicher Beschränkungen, sondern sollen über die Ermächtigungsgrundlagen zum legislativen Handeln der Union innerhalb der Grundfreiheiten in einem sachlich-thematischen Zusammenhang mit dem Kulturbereich auch effektiv genutzt werden.⁸⁶ Darüber hinaus basiert die positive Integration auf den üblichen Rechtsgrundlagen wie Binnenmarktkompetenz und Flexibilitätsklausel.⁸⁷ Mithin differenziert *Ress* nicht nach den Kriterien marktschaffend oder marktkorrigierend, sondern stellt vielmehr darauf ab, ob die Maßnahme eine eigene neue Regulationsstruktur schafft oder ob bestehende Regulationsstrukturen abgeschafft bzw. gegenseitig anerkannt werden.⁸⁸ Außerdem hält er es für relevant, ob die Maßnahme direkt der Umsetzung der Kulturpolitik dient oder diese nur mittelbar beeinflusst.

⁸¹ *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 5.

⁸² *Ress*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, S. 33.

⁸³ Für das Sekundärrecht nennt *Ress* als Beispiel die Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von Hochschuldiplomen.

⁸⁴ *Ress*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, S. 35.

⁸⁵ *Ress*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, S. 36.

⁸⁶ *Ress*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, S. 36, nennt als Beispiel die RL 77/486/EWG über die schulische Betreuung der von Kindern von Wanderarbeitnehmern, ABl. EU Nr. L 199, S. 32.

⁸⁷ *Ress*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, S. 39ff.

⁸⁸ Dieser Differenzierung folgt auch *de Witte*, Cultural policy: The complementarity of negative and positive integration, in: Schwarze, Structure and Dimensions of European Community Policy, S. 195, 196.

4. Stellungnahme und eigene Verwendung

Das Begriffspaar negative und positive Integration wird in unterschiedlichen Wissenschaften verwendet. Ökonomen, Politologen und Juristen greifen darauf zurück, um Integrationsprozesse in der Europäischen Union zu beschreiben. Insgesamt ist festzuhalten, dass die Kriterien der Marktschaffung und Marktkorrektur für die Charakterisierung der negativen und positiven Integration vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zu sozialen Rechten nicht mehr maßgeblich sind. Stattdessen steht die institutionelle Abgrenzung der beiden Integrationsmodi, also die Frage, welche Institution bei welchem Integrationsmodus handelt, im Vordergrund.⁸⁹ Im Ergebnis können den beiden verschiedenen Integrationsmodi unterschiedliche Akteure zugeordnet werden, welche in der Regel die unterschiedlichen Integrationsmodi steuern. Im Zusammenhang mit der negativen Integration sind vor allem die Rechtsprechungsorgane der Europäischen Union, allen voran der EuGH, zu nennen. Durch seine Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten sorgt er für die Durchsetzung des Marktes. Auch die Europäische Kommission spielt in diesem Zusammenhang eine tragende Rolle, da sie als Anklägerin in Vertragsverletzungsverfahren gegen bestimmte nationale Regelungen vorgehen kann und im Wettbewerbsrecht selbst Entscheidungen trifft. Daneben ist die Rolle der Bürger und Unternehmen zu berücksichtigen. Ihre Beschwerden bei der Kommission können Ausgangspunkt für deren Eingreifen gegenüber einem Mitgliedstaat sein.⁹⁰ Außerdem stoßen Klagen der Bürger nationale Gerichtsverfahren an, die über das Vorlageverfahren letztlich zum Europäischen Gerichtshof kommen. Im Rahmen der positiven Integration sind die Rechtsetzungsorgane der Union die handelnden Akteure. Der Rat, das Europäische Parlament und die Kommission sind gemeinsam am Gesetzgebungsprozess in der Union beteiligt. Die Kommission hat somit eine Art Zwitterstellung und wirkt bei beiden Integrationsmodi mit. Die Mitgliedstaaten hingegen sind durch ihre Vertretung im Rat und im Europäischen Rat nur an der positiven Integration direkt beteiligt.

Trotz der beschriebenen Abwendung von den Kriterien der Marktschaffung und Marktregulierung als Differenzierung zwischen negativer und positiver Integration wird eine Reduktion der Unterscheidung zwischen den beiden Integrationsmodi auf die reine Entstehungsgeschichte der Maßnahme und die daran beteiligten Akteure der Bedeutung des Begriffs nicht gerecht. Zwar halten einige Autoren die institutionelle Abgrenzung zwischen den beiden Integrationsmodi für das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen negativer

⁸⁹ *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75/79; so ansatzweise auch *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 89, 90.

⁹⁰ *Vink*, Negative and Positive Integration in European Immigration Policies, European Integration online Papers, Vol. 6 (2002) Nr. 13, S. 2.

und positiver Integration und setzen die negative Integration mit der Rechtsprechung und die positive Integration mit der Gesetzgebung gleich.⁹¹ Allerdings ist der institutionelle Ursprung einer Regelung zwar ein wichtiges, jedoch nicht das allein ausschlaggebende Kriterium für die Zuordnung der Regelung oder Maßnahme zur negativen oder positiven Integration. Wie eine Zusammenschau der vorstehend dargestellten Ansätze zeigt, kommt es im Ergebnis auf verschiedene Kriterien an. Zusammenfassend lassen sich folgende Abgrenzungspaare herausarbeiten, wobei jeweils die erstgenannten Charakteristika für die negative Integration stehen und die zweitgenannten Charakteristika die positive Integration beschreiben: Handlungen der Rechtsprechungsorgane – Handlungen der Legislativorgane (institutionelle Unterscheidung); Primärrecht – Sekundärrecht; marktschaffend – marktregulierend; Verbote – Ausnahmen und Erlaubnisse; einzelfallbezogen – Gültigkeit für die Allgemeinheit sowie gegenseitige Anerkennung – einheitliche neue Regelung. Zu betonen ist dabei jedoch, dass – wie die negative Integration mit marktregulierender Wirkung zeigt – die Anwendung dieser Begriffspaare nicht starr erfolgen darf.

B. Einführung in den Tourismus in der Europäischen Union

Die negative und positive Integration wird in der vorliegenden Arbeit anhand des Politikbereichs Tourismus dargestellt. In rechtlicher Hinsicht ist die Untersuchung dieses Bereichs interessant, da aufgrund der durch den Vertrag von Lissabon neu eingeführten Tourismuskompetenz in Art. 6 lit. d und Art. 195 AEUV Anlass besteht, das sich aus der Kompetenzübertragung ergebende Veränderungspotential für zukünftige Integrationsbemühungen zu analysieren und es für die relevanten Akteure sichtbar zu machen. Darüber hinaus wurde dieser Politikbereich ausgewählt, weil das Umfeld des Tourismus typischerweise von grenzüberschreitenden Sachverhalten geprägt ist. Im Jahr 2012 gingen beispielsweise 38,9 Prozent der länger als fünftägigen Reisen der deutschen Bundesbürger ins europäische Ausland.⁹² Des Weiteren kommt dem Tourismusbereich eine enorme wirtschaftliche Bedeutung für die Europäische Union zu.

I. Definition des Begriffs Tourismus

Im allgemeinen Sprachgebrauch ist unter Tourismus derjenige Wirtschaftsbereich zu verstehen, der durch die Reisetätigkeit von Touristen entsteht. Im Folgenden werden etymo-

⁹¹ Vgl. Hinweis von *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 79.

⁹² Vgl. Tourismusanalyse 2012 der Stiftung für Zukunftsfragen, veröffentlicht unter Forschung aktuell, 236, Jahrgang 33, vom 8.2.2012; die Verteilung auf die verschiedenen Mitgliedstaaten und Regionen der Europäischen Union ist wie folgt: Spanien 13,3 %, Italien 8,3 %, Österreich 3,8 %, Kroatien 3,1 %, BENELUX-Staaten 2,3 %, Frankreich 2,1 %, Skandinavien 2,0 %, Griechenland 2,0 % und Polen 2,0 %.

logischer Hintergrund und die Verwendung des Tourismusbegriffs im europarechtlichen Kontext sowie im Rahmen diese Arbeit skizziert.

1. Herleitung des Begriffs Tourismus

Das Wort Tourismus geht auf das französische Substantiv *le tour* (= Reise, auch Rundgang, Spaziergang) zurück. Im deutschen Sprachgebrauch tauchte die Bezeichnung Tourismus in den sechziger Jahren als Synonym für den Begriff Fremdenverkehr auf. Zum Teil wird zwar angenommen, dass der Begriff des Tourismus enger zu verstehen sei als der Begriff des Fremdenverkehrs. Letzterer umfasse zusätzlich Geschäfts- und Studienreisen sowie Aufenthalte zur ärztlichen Behandlung mit einer Dauer von mehr als 24 Stunden.⁹³ Gegen eine Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen spricht jedoch, dass in den Europäischen Verträgen der Begriff des Fremdenverkehrs, welcher im Vertrag von Maastricht in Art. 3 lit. t EGV verwendet wurde, in Art. 6 lit. d AEUV gegen den Begriff des Tourismus ausgetauscht wurde, ohne dass hiermit eine inhaltliche Änderung der Aufgabenzuweisung einhergehen sollte.⁹⁴ Außerdem verwendet die Europäische Kommission in ihrem grundlegenden Grünbuch zur Tourismuspolitik die Begriffe ebenfalls als Synonyme.⁹⁵

2. Rechtliche Definition des Tourismus

Der Begriff des Tourismus ist in den Texten des Primärrechts nicht legal definiert. Der Begriff wird jedoch vom EuGH, im Sekundärrecht und von verschiedenen Internationalen Organisation verwendet und zum Teil auch explizit definiert. Erstaunlich ist, dass die Europäische Kommission in der Vielzahl von Mitteilungen und Berichten, die sie zum Thema Tourismus veröffentlicht hat, ohne eine konkrete Definition auskommt.⁹⁶ Den verwendeten Definitionen ist gemein, dass sie Tourismus aus der Perspektive der Nachfrageseite definieren. Dies ist sinnvoll, da viele Dienstleistungen im Tourismusbereich, wie beispielsweise Restaurants, kulturelle Angebote, Personentransport und Fahrzeugvermietung

⁹³ *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 202.

⁹⁴ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4876.

⁹⁵ Vgl. Grünbuch der Kommission, Die Rolle der Union im Bereich des Fremdenverkehrs, KOM (1995) 97, nachfolgend zitiert als KOM (1995) 97.

⁹⁶ Zu nennen wären Bericht der Kommission, Gemeinschaftsmaßnahmen mit Auswirkungen auf den Tourismus (1997/99), KOM (2001) 171, nachfolgend zitiert als KOM (2001) 171; Mitteilung der Kommission, Zusammenarbeit für die Zukunft des Tourismus in Europa, KOM (2001) 665, nachfolgend zitiert als KOM (2001) 665; Mitteilung der Kommission, Grundlinien zur Nachhaltigkeit des europäischen Tourismus, KOM (2003) 716, nachfolgend zitiert als KOM (2003) 716; Mitteilung der Kommission, Eine neue EU-Tourismuspolitik: Wege zu mehr Partnerschaft für den europäischen Tourismus, KOM (2006) 134, nachfolgend zitiert als KOM (2006) 134; Mitteilung der Kommission, Agenda für einen nachhaltigen und wettbewerbsfähigen europäischen Tourismus, KOM (2007) 621, nachfolgend zitiert als KOM (2007) 621; Mitteilung der Kommission, Europa – wichtigstens Reiseziel der Welt: ein neuer politischer Rahmen für den europäischen Tourismus, KOM (2010) 352, nachfolgend zitiert als KOM (2010) 352.

auch von Nichttouristen in Anspruch genommen werden und somit eine Definition aus der Perspektive der Anbieterseite wenig erhellend wäre.⁹⁷

a) **Keine Definition durch die Rechtsprechung des EuGH**

Der EuGH hat bisher keine eigene Definition des Tourismus vorgenommen. Nach Generalanwalt *Lenz* ist eine Definition des Touristen – weder innervertraglich noch jenseits des Vertrages – notwendig.⁹⁸ Unter anderem führte er im Zusammenhang mit der passiven Dienstleistungsfreiheit in der Rs. *Cowan* in seinen Schlussanträgen aus:

„Es ist nun zu erwägen, eine gemeinschaftsrechtliche Definition eines Touristen zu schaffen. Führt man sich aber vor Augen, daß Touristen nur *eine* Kategorie der Dienstleistungsempfänger sind, deutet sich schon die Fragwürdigkeit einer Begriffsbestimmung an. [...] Aufgabe kann es nur sein, den Begriff des Dienstleistungsempfängers zu konkretisieren. Selbst wenn man aber den Touristen gemeinschaftsrechtlich abstrakt umschreiben möchte, so ist in keiner Weise zwingend, welche der möglicherweise in Anspruch genommenen Dienstleistungen für die Definition ausschlaggebend sein soll. Würde man [...] an eine Übernachtung in einem Hotel anknüpfen, so wäre zweifellos ein beträchtlicher Teil der Reisenden erfasst. Eine bei einem Beherbergungsbetrieb in Anspruch genommene Dienstleistung wäre dann unstrittig. Außerdem wäre ein gemeinsames Element mit anderen potentiellen Dienstleistungsempfängern, wie etwa nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes den Studien- und Geschäftsreisenden, hergestellt. Andererseits würde eine beträchtliche Zahl Reisender aus der Definition ausgelassen, die durchaus in nicht unerheblichem Umfang von Fremdenverkehrseinrichtungen profitieren könnten und dabei Dienstleistungen in Empfang nähmen.“

Mag die Definition des Touristen für den Empfang von Dienstleistungen und die Anwendbarkeit der passiven Dienstleistungsfreiheit nicht zwingend sein, so bedarf es doch spätestens seit Erteilung einer Kompetenz im Tourismusbereich durch Art. 6 lit. d in Verbindung mit Art. 195 AEUV im Vertrag von Lissabon einer inhaltlichen Festlegung dieses Bereichs. Entscheidend für den Umfang der neu gewonnenen Kompetenz ist nämlich auch, ob Personen die zu geschäftlichen Zwecken oder für eine medizinische Behandlung eine Reise antreten in den Regelungsbereich fallen. Auch die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit, die negative und positive Integration in der Europäischen Union am Beispiel des Tourismus darzustellen, erfordert zumindest eine Beschreibung des Tourismusbereichs, um für die Auswahl des Anschauungsmaterials einen konkreten Rahmen zu bestimmen.

⁹⁷ Vgl. KOM (1995) 97, Anhang I, S. 30.

⁹⁸ Generalanwalt *Lenz*, Schlussantrag, Rs. C-186/87, Slg. 1998, I-203, Tz. 22ff. – *Cowan*.

Ausgehend von der Feststellung des Generalanwalts *Lenz*, wonach die Definition nicht von der Inanspruchnahme einer ganz bestimmten Dienstleistung abhängig gemacht werden kann, ist eine möglichst allgemeine Definition zu suchen. So umschreibt letztlich auch *Lenz* den Touristen als eine Person, die – in welcher Form auch immer – Leistungen von Fremdenverkehrseinrichtungen in Anspruch nimmt.⁹⁹

b) Definition im Sekundärrecht

In der Verordnung (EU) Nr. 692/2011 über die europäische Tourismusstatistik wird für die Zwecke der Erfassung statistischer Daten im Tourismusbereich eine Definition des Begriffs vorgenommen. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. f der Verordnung ist Tourismus

„die Tätigkeit von Personen, die zu einem Hauptreiseziel außerhalb ihrer gewohnten Umgebung reisen und sich dort weniger als ein Jahr lang zu einem beliebigen Hauptzweck, darunter Geschäft, Urlaub oder ein sonstiger persönlicher Grund, der ein anderer ist als die Beschäftigung bei einer an dem besuchten Ort ansässigen Einheit, aufhalten.“¹⁰⁰

Wie aus Anhang II Abschnitt 2 Nr. 5 der Verordnung hervorgeht, fällt unter die „sonstigen persönlichen Gründe“ auch die Vornahme einer Gesundheitsbehandlung.

c) Definitionen von Internationalen Organisationen

Verschiedene Internationale Organisationen, die sich mit der Tourismuswirtschaft und deren Entwicklung beschäftigen, haben den Begriff Tourismus für ihre Zwecke definiert. Vom statistischen Amt der Europäischen Union (Eurostat) wird in einer Publikation aus dem Jahr 2009 folgende sehr weite Tourismusdefinition verwendet:

„Tourism means the activities of persons travelling to and staying in places outside their usual environment for not more than one consecutive year for leisure, business and other purposes.“¹⁰¹

Auf der Webseite verwendet Eurostat eine erweiterte Definition, die verdeutlicht, dass Personen, die im Zielland arbeiten wollen, vom Tourismusbegriff nicht umfasst sind:

⁹⁹ Generalanwalt *Lenz*, Schlussantrag, Rs. C-186/87, Slg. 1998, I-203, Tz. 22ff. – Cowan.

¹⁰⁰ VO (EU) Nr. 692/2011 über die europäische Tourismusstatistik und zur Aufhebung der RL 95/57/EG, ABl. EU Nr. L 192, S. 17.

¹⁰¹ Bericht von Eurostat, *Demunter/Dimitrakopoulou*, Tourism in Europe 2009, Eurostat, Data in focus, 24/2010, S. 11.

„Touristen sind Personen, die zu Orten außerhalb ihres gewöhnlichen Umfeldes reisen und sich dort für nicht mehr als ein Jahr aufhalten aus Freizeit- oder geschäftlichen Motiven, die nicht mit der Ausübung einer bezahlten Aktivität am besuchten Ort verbunden sind“.¹⁰²

Auch außereuropäische Organisationen haben den Begriff des Tourismus für ihren Anwendungsbereich definiert. Die Welttourismusorganisation der Vereinten Nationen (UN-WTO) wendet eine sehr ähnliche Definition wie die erstgenannte Definition von Eurostat an. Danach umfasst der Fremdenverkehr alle durch Personen entfaltetten Aktivitäten sowohl für Freizeitzwecke als auch aus geschäftlichen oder anderen Gründen. Zeitlich muss der Verlauf der Reise oder des Urlaubs auf ein Jahr begrenzt sein und muss Orte außerhalb der gewohnheitsmäßigen Umgebung umfassen.¹⁰³

Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) erfasst in einem Bericht zu Tourismustrends Geschäfts- und Freizeitreisende, sodass davon auszugehen ist, dass die OECD beide Gruppen unter den Oberbegriff der Touristen subsumiert. Zu letzterer Gruppe gehören laut des Berichts Reisen deren Motivation auf verschiedene Gründe, unter anderem auch den Besuch von Verwandten oder medizinische Behandlungen, zurückgeführt werden kann.¹⁰⁴ Tagesausflüge ohne Übernachtung werden vom zitierten Bericht nicht zum Tourismus gezählt.¹⁰⁵

d) Fazit und eigene Definition

Im Ergebnis sind drei begriffliche Hauptmerkmale zu erkennen: Erstens muss sich eine Person an einen Ort begeben der außerhalb des gewöhnlichen Aufenthaltsortes liegt. Zweitens muss diese Ortsveränderung vorübergehend sein, das heißt sie darf nicht länger als ein Jahr andauern. Drittens kann der Ort für die Ausübung jeglicher Tätigkeit aufgesucht werden, solange diese nicht am Zielort vergütet wird. Ein Tourist könnte daher als eine Person definiert werden, die sich vorübergehend, d.h. nicht länger als ein Jahr, an einen Ort außerhalb des gewöhnlichen Aufenthaltsortes begibt, um dort einer Tätigkeit nachzugehen, die am Zielort nicht vergütet wird. Auf den genauen Wortlaut in dem die drei Kriterien dargestellt werden, kommt es im Ergebnis allerdings nicht an. Entgegen der Andeutung bei Generalanwalt *Lenz* sind Geschäftsreisende und Personen, die Gesund-

¹⁰² Allgemeine Angaben von Eurostat zu Tourismusstatistiken abrufbar unter: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_SDDS/DE/tour_dem_esms.htm.

¹⁰³ UN-WTO, International Recommendations for Tourism Statistics 2008, S. 9f., ST/ESA/STAT/SER/M/83/Rev.1; abrufbar unter: <http://unstats.un.org/unsd/trade/IRTS/IRTS%202008%20unedited.pdf>.

¹⁰⁴ OECD, Tourism trends and policies 2010, S. 38.

¹⁰⁵ OECD, Tourism trends and policies 2010, S. 25.

heitsdienstleistungen in Anspruch nehmen wollen, vom Begriff des Tourismus umfasst.¹⁰⁶ Dies erscheint vor dem Hintergrund der Definition im Sekundärrecht in der Verordnung über die Tourismusstatistik sinnvoll. Außerdem dient dies einer, wie sich noch herausstellen wird, – wünschenswerten – großen Reichweite der durch den Vertrag von Lissabon übertragenen Tourismuskompetenz.

II. Wirtschaftliche und kulturelle Bedeutung des Tourismus in der Europäischen Union

In den letzten Jahrzehnten hat die Tourismusbranche zunehmend an Bedeutung gewonnen. Europa ist das häufigste Reiseziel der Welt. Gut 40 Prozent aller internationalen Touristen steuern Europa als Reiseziel an.¹⁰⁷ Dies waren im Jahr 2012 insgesamt 534 Millionen Reisende.¹⁰⁸ 70 Prozent der Reisenden sind EU-Bürger.¹⁰⁹ Dies bedeutet, dass es allein im Jahr 2012 in der Europäischen Union zu 373,8 Millionen tourismusbedingten grenzüberschreitenden Sachverhalten kam. Diese enthalten ein enormes Potential für die Anwendung und Fortentwicklung des Unionsrechts. Studien zum Integrationspotential des Tourismus haben ergeben, dass ein hoher touristischer Verkehr zwischen zwei Staaten in der Regel auch mit stark ausgeprägten Handelsbeziehungen zwischen den beiden Staaten einhergeht.¹¹⁰

1. Wirtschaftsleistung der Tourismusbranche

Die Tourismusindustrie umfasst traditionelle Dienstleister im Reise- und Tourismusbereich. Dazu zählen etwa Hotels, Restaurants, Reisebüros, Autovermietungen sowie Flug-, Reisebus- und Kreuzfahrtgesellschaften, die ihren Kunden Güter und Dienstleistungen direkt bereitstellen.¹¹¹ Durch das hohe Tourismusaufkommen in der Europäischen Union wurden im Jahr 2011 rund 330 Milliarden Euro durch die Tourismusindustrie eingenommen.¹¹² Die Unternehmen der Tourismusbranche erwirtschaften mit steigender Tendenz

¹⁰⁶ Siehe auch *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 202/204, der ebenso einen relativ engen Tourismusbegriff verwendet, welcher Geschäftsreisende und Personen, die medizinische Behandlungen in Anspruch nehmen wollen, ausschließt.

¹⁰⁷ KOM (2010) 352, S. 3 mit Verweis auf World Tourism Barometer der Welttourismusorganisation, Januar 2010, S. 21, abrufbar unter:
http://www.unwto.org/facts/eng/pdf/barometer/UNWTO_Barom10_3_en.pdf.

¹⁰⁸ Mitteilung der Kommission, Eine europäische Strategie für mehr Wachstum und Beschäftigung in Küsten- und Meerestourismus, KOM (2014) 86, nachfolgend zitiert als KOM (2014) 86.

¹⁰⁹ *De Voldere u.a.*, Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009, S. 10, 14.

¹¹⁰ *Lijphart*, Tourist traffic and integration potential, JCMS 1963, S. 251, 258/260.

¹¹¹ KOM (2010) 352, S. 3; zur Verteilung der Unternehmen in der Tourismusindustrie siehe auch *Kahlenborn/Imbusch/Turmann*, Umweltschutz und Tourismus, S. 16ff.

¹¹² Vorschlag der Kommission für eine Empfehlung des Rates betreffend die europäischen Qualitätsgrundsätze für den Tourismus, KOM (2014) 85, S. 3, nachfolgend zitiert als KOM (2014) 85.

mehr als 5 Prozent des Bruttoinlandproduktes der Europäischen Union.¹¹³ Berücksichtigt man zusätzlich an den Tourismusbereich angrenzende Bereiche generiert der Tourismus 10 Prozent des Bruttoinlandsprodukts der Europäischen Union.¹¹⁴ Im Jahr 2006 waren in der Europäischen Union 1,8 Millionen Unternehmen in der Tourismusindustrie tätig.¹¹⁵ Über 99 Prozent der Tourismusunternehmen in Europa sind kleine und mittlere Unternehmen.¹¹⁶ Über 90 Prozent haben sogar weniger als zehn Angestellte.¹¹⁷ Allerdings wird gerade auf internationaler Ebene ein bedeutender Anteil des Umsatzes von großen Kapitalgesellschaften erzielt.¹¹⁸ Die Tourismuswirtschaft wird somit durch eine duale Struktur charakterisiert. Auf der einen Seite gibt es eine relativ geringe Anzahl großer internationaler Konzerne, die Reisen an verschiedene Destinationen organisieren. Auf der anderen Seite existiert eine sehr große Anzahl kleiner und mittlerer Unternehmen, die vor Ort an den Destinationen touristische Dienstleistungen erbringen.¹¹⁹ Gemein ist beiden Strängen der europäischen Tourismuswirtschaft, dass sie der Dienstleistungsbranche zugehörig sind. Die Dienstleistungsbranche erwirtschaftet europaweit 50 Prozent des Bruttoinlandsprodukt und 70 Prozent aller in der Europäischen Union Beschäftigten arbeiten in dieser Branche.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Tourismus ist jedoch nicht auf die genannten Zahlen zu reduzieren. Darüber hinaus kann der Tourismus einen Beitrag zum Ausgleich des vorhandenen Wohlstandsgefälles in der Europäischen Union leisten. Dies gilt insbesondere bezüglich des Nord-Süd-Gefälles, da Länder wie Spanien, Italien, Griechenland und Portugal, die im Vergleich zu anderen mittel- oder nordeuropäischen Mitgliedstaaten eine geringere Wirtschaftskraft haben, sehr beliebte Touristendestinationen sind und dadurch ihre Wirtschaftskraft verbessern können.¹²⁰ Auch geografisch bedingt wirtschaftsschwache Gebiete wie Inseln oder Bergregionen können durch die Tourismuswirtschaft belastbare Einnahmen entwickeln. Somit ermöglicht der Tourismus eine stärkere Kohäsion zwischen

¹¹³ KOM (2010) 352, S. 3 mit Verweis auf *De Voldere u.a.*, Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009, S. 21; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4868; Pressemitteilung IP/10/423, Brüssel 14.-15.4.2010, Eine neue strategische Vision für die Tourismuspolitik der EU.

¹¹⁴ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4868.

¹¹⁵ *De Voldere u.a.*, Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009, S. 19.

¹¹⁶ KOM(2003) 716, Anhang I, S. 26.

¹¹⁷ *De Voldere u.a.* Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009, S. 20.

¹¹⁸ KOM (2003) 716, Anhang I, S. 26.

¹¹⁹ *De Voldere u.a.*, Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009, S. 20.

¹²⁰ Im Jahr 2007 befand sich Spanien auf Platz 2, Italien auf Platz 3, Griechenland auf Platz 7 und Portugal auf Platz 9 der beliebtesten internationalen Tourismusziele in der Europäischen Union, vgl. *De Voldere u.a.*, Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009, S. 12.

den europäischen Regionen und ist ein Mittel, um die peripheren Regionen, in denen der Tourismus oftmals die Haupteinnahmequelle ist, wirtschaftlich zu integrieren.¹²¹

2. Beschäftigte in der Tourismusbranche

Neben der Wirtschaftsleistung ist das Potential der Tourismusindustrie für die Schaffung von Arbeitsplätzen hervorzuheben. Die 1,8 Millionen in der Tourismusindustrie tätigen Unternehmen beschäftigen circa 9,7 Millionen Arbeitnehmer. Dies entspricht einem Anteil von 5,2 Prozent der Arbeitnehmer. Unter Einbeziehung der Beschäftigten in den angrenzenden Bereichen generiert die Tourismusindustrie circa 12 Prozent aller Arbeitsplätze in der Europäischen Union.¹²² Außerdem war die Zunahme der Arbeitsplätze in den letzten Jahren im Tourismusbereich stets höher als in anderen Wirtschaftszweigen.¹²³ Die besondere Bedeutung des Tourismusbereichs liegt auch in seinen Beschäftigungschancen für junge Leute; doppelt so viele junge Menschen wie in der übrigen Wirtschaft sind dort beschäftigt.¹²⁴ Dies ist vor allem für die europäischen Mitgliedstaaten mit hoher Jugendarbeitslosigkeit, die gleichzeitig beliebte Tourismusdestinationen sind, von Bedeutung.¹²⁵ Auch gering qualifizierte Beschäftigte finden in der dienstleistungsorientierten Tourismusbranche überdurchschnittlich oft eine Arbeitsstelle.¹²⁶

3. Kulturelle Aspekte des Tourismus in der Europäischen Union

Neben der wirtschaftlichen Bedeutung des Tourismus sind vor allem kulturelle Aspekte hervorzuheben. Das Reisen in andere Länder und Regionen trägt zur Völkerverständigung bei. Die World Tourism Organization sieht im Tourismus einen wichtigen Schritt zum internationalen Frieden.¹²⁷ Auf europäischer Ebene fördert der Tourismus darüber hinaus die Bildung einer europäischen Identität. Der Kontakt unterschiedlicher gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und kultureller Gruppen unterstützt den interkulturellen Dialog.¹²⁸ Die Fremdheit anderer Sprachen, anderer Denkweisen und Gewohnheiten hemmt den Austausch zwischen Einheimischen und Touristen nicht, sondern kann den Wunsch fördern,

¹²¹ *Notarstefano*, European Sustainable Tourism, S. 2.

¹²² KOM (2010) 352, S. 3.

¹²³ KOM (2010) 352, S. 3; *De Voldere u.a.*, Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009, S. 2.

¹²⁴ KOM (2007) 621, S. 2.

¹²⁵ Die Jugendarbeitslosigkeit (Arbeitslosenquote der 15-24 Jährigen) in den beliebten Tourismusdestinationen betrug im Mai 2012: 52,10 % in Spanien, 36,2 % in Italien, 52,10 % in Griechenland und 36,4 % in Portugal, Eurostat, abrufbar unter: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/74795/umfrage/jugendarbeitslosigkeit-in-europa/>.

¹²⁶ *De Voldere u.a.*, Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009, S. 2.

¹²⁷ *Freyer*, Tourismus – Einführung in die Fremdenverkehrsökonomie, S. 408.

¹²⁸ KOM (2006) 134, S. 3.

im relativ konfliktarmen Raum des Tourismus das Fremde näher kennen und verstehen zu lernen.¹²⁹ Somit trägt der Tourismus zu der von den Verträgen angestrebten Integration auch auf kultureller Ebene bei.¹³⁰ Allerdings hat der Tourismus nicht uneingeschränkt positive Auswirkungen auf das Verhältnis der Mitgliedstaaten in der Europäischen Union. Unter bestimmten negativen Umständen kann ein intensiver Austausch zwischen der Bevölkerung zweier Staaten Missverständnisse und Frustration hervorrufen und zur Verfestigung von Vorurteilen beitragen.¹³¹

III. Tourismus als Querschnittsmaterie

Der Tourismus ist eine Querschnittsmaterie, welche von vielen anderen Fachgebieten beeinflusst wird und gleichzeitig Auswirkungen auf viele weitere Bereiche hat.¹³² Darüber hinaus ist die Tourismusindustrie zum einen Konsument von Gütern und Dienstleistungen aus anderen Wirtschaftszweigen und zum anderen Produzent von Gütern und Dienstleistungen für andere Wirtschaftszweige.¹³³ Überschneidungen des Tourismus mit anderen Bereichen bestehen unter anderem bei: Verkehr (insbesondere nachhaltige Mobilität, Rechte und Sicherheit von Fahrgästen), Binnenmarkt (insbesondere Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, Förderung der Qualität von Dienstleistungen), Freizügigkeit (insbesondere Grenzüberschreitung und Aufenthalt von Touristen), Verbraucherschutz (insbesondere Rechte aus der Vertragsunterzeichnung, unlautere Geschäftspraktiken, Fernabsatz), Umwelt (insbesondere umweltschonender Transport und Nachhaltigkeit), Beschäftigung und Bildung, Kultur (insbesondere Besuch von historischen Stätten und Sehenswürdigkeiten), Regionalentwicklung und Entwicklung des ländlichen Raums (insbesondere Förderung der touristischen Entwicklung in bestimmten Gebieten aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung) sowie Gesundheitsrecht (insbesondere Reisen für medizinische Behandlungen).¹³⁴ Die Einflüsse anderer Regelungsgebiete auf den Tourismus werden auch in der begrifflichen Differenzierung zwischen direkter und indirekter Tourismuspolitik deutlich. Erstere umfasst tourismusspezifische Maßnahmen und letztere umfasst Tätigkeiten, die keine primären Ziele im Tourismusbereich verfolgen, diesen aber als

¹²⁹ KOM (1995) 97, S. 20.

¹³⁰ *Tichadou*, Der Schutz des Touristen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZEuS 2002, S. 299.

¹³¹ Vertiefend dazu *Lijphart*, Tourist traffic and integration potential, JCMS 1963, S. 251, 252.

¹³² Siehe auch *Knigge*, Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs, S. 15; Bericht des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung, Entwicklung und Folgen des Tourismus, BT Drs. 14/1100 vom 21.5. 1999, S. 90.

¹³³ *De Voldere u.a.*, Studie zur Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Tourismusindustrie, 2009, S. 39.

¹³⁴ Vgl. die von der Kommission zuletzt veröffentlichte Aufzählung bei KOM (2010) 352, S. 15 und KOM (2001) 171; siehe auch *Freyer*, Tourismus – Einführung in die Fremdenverkehrsökonomie, S. 411, *Wagenbaur*, Neuere Entwicklungen im Bereich des Tourismus-Rechts der Europäischen Gemeinschaft, RRA 1997, S. 27.

Wirtschaftszweig tangieren.¹³⁵ Darüber hinaus sind die vorgenannten Bereiche nicht nur mit der Tourismusindustrie verknüpft, sondern haben auch untereinander gemeinsame Schnittmengen und Berührungspunkte.

Der Tourismusbereich ist jedoch nicht nur inhaltlich eine Querschnittsmaterie. Auch strukturell sind an der Tourismusindustrie viele verschiedener Stakeholder beteiligt. Reiseanbieter sind zum Teil internationale Konzerne zum anderen Teil jedoch auch mittlere und kleine Unternehmen sowie Kleinstunternehmen. Darüber hinaus ist der Verbraucher Stakeholder des Tourismusbereichs. Die verschiedenen Stakeholder verfolgen in der Tourismuswirtschaft oftmals unterschiedliche – zum Teil sich widerstreitende – Interessen. Dem Querschnittscharakter der Tourismusbranche und den unterschiedlichen Interessen der Stakeholder gerecht zu werden, ist die größte Herausforderung einer europäischen Tourismuspolitik. In der Vergangenheit war der Tourismus von Maßnahmen in den vorgenannten angrenzenden Regelungsgebieten zwar direkt betroffen gewesen. Bei der Entwicklung und Durchführung der Maßnahmen wurden die Interessen des Tourismus jedoch nicht immer berücksichtigt.¹³⁶ Eine der Hauptaufgaben einer guten Tourismuspolitik in der Europäischen Union besteht darin, die Politiken in den unterschiedlichen Regelungsgebieten miteinander zu koordinieren und darauf zu achten, dass bei Maßnahmen in den anderen Gebieten auch die Interessen des Tourismus beachtet werden.¹³⁷

Kapitel 3: Negative Integration im Tourismusbereich

Negative Integration beruht vor allem auf der Tätigkeit des EuGH und der Kommission. Aufgrund der überragenden Bedeutung des EuGH, soll vorliegend seine Tätigkeit analysiert werden. Die negative Integration durch Rechtsprechung des Gerichtshofs findet zu meist in Vertragsverletzung und Vorabentscheidungsverfahren statt. Vorabentscheidungsverfahren sind mit Abstand die häufigste Verfahrensart vor dem EuGH und haben sowohl absolut als auch im Vergleich zu anderen Verfahrensarten in den letzten Jahren stetig zugenommen.¹³⁸

¹³⁵ Siehe zu dieser Differenzierung *Knigge*, Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs, S. 83ff.; vgl. auch die Unterteilung der Kommission in KOM (1995) 97, S. 10ff.

¹³⁶ Entschließung des Rates vom 21.5.2002 über die Zukunft des Tourismus in Europa (2002/C 135 /01), S. 1.

¹³⁷ KOM (2001) 171, S. 4.

¹³⁸ Vgl. *EuGH*, Jahresbericht 2011, Rechtsprechungsstatistiken, S. 100.

A. Notwendige Voraussetzungen der negativen Integration

I. Rechtsschutzauftrag der Unionsgerichte

Nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV besteht der Auftrag der Unionsgerichte darin, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Der Ausfüllung dieses Rechtsschutzauftrags dienen die einzelnen Verfahrensarten in Art. 256 AEUV. Der Gerichtshof ist für die beiden wichtigsten Verfahrensarten der negativen Integration, also das Vertragsverletzungs- und das Vorabentscheidungsverfahren, zuständig (vgl. Art. 258, 259 AEUV sowie 267 AEUV). Im Vertragsverletzungsverfahren überprüft der Gerichtshof das Vorliegen eines Verstoßes gegen Verpflichtungen aus den Verträgen durch einen Mitgliedstaat. Bei Vorabentscheidungsverfahren entscheidet der EuGH über die Auslegung der Verträge sowie über die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union. Da der EuGH von sich aus in beiden Verfahren nicht tätig werden kann, ist er darauf angewiesen, dass die relevanten Fälle an ihn herangetragen werden.¹³⁹ Vertragsverletzungsverfahren können gemäß Art. 258 AEUV von der Kommission oder gemäß Art. 259 AEUV von anderen Mitgliedstaaten eingeleitet werden. Allerdings ist die Einleitung durch die Kommission in der Praxis der Regelfall. Dadurch wird die Kommission ihrer durch Art. 17 Abs. 1 S. 2 und 3 EUV zugewiesenen Rolle als Hüterin der Verträge gerecht. Die Mitgliedstaaten vermeiden es wegen politischer Rücksichtnahme, Verfahren gegen andere Mitgliedstaaten einzuleiten.¹⁴⁰ Allerdings scheuen sie sich nicht, die Kommission formlos um die Einleitung von Verfahren gegen andere Mitgliedstaaten zu bitten.¹⁴¹ Vorabentscheidungsverfahren werden von nationalen Gerichten an den EuGH herangetragen und sind in der Regel auf Rechtsstreite zwischen privaten Akteuren zurückzuführen. Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV können Instanzgerichte Fragen über die Auslegung der Verträge vorlegen, soweit eine Entscheidung darüber für den Erlass des Urteils erforderlich ist. Konkret-letztinstanzliche Gerichte müssen dem EuGH eine solche Frage vorlegen. Die Kommission kann bei Vorabentscheidungsverfahren eine aktive Rolle spielen, indem sie diesen Verfahren beitrifft (Art. 23 Abs. 2 der Satzung des EuGH). Erwähnenswert ist, dass die Fälle auf denen die negative Integration

¹³⁹ Vgl. *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 101, 103/104.

¹⁴⁰ Soweit ersichtlich hat der Gerichtshof erst dreimal ein von einem Mitgliedstaat initiiertes Vertragsverletzungsverfahren entschieden, EuGH, Rs. 141/78, Slg. 1979, S. 2924 – Frankreich/Vereinigtes Königreich; EuGH, Rs. C-388/95, Slg. 2000, I-3146 – Belgien/Spanien; EuGH, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7961 – Spanien/Vereinigtes Königreich; vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 259 AEUV, Rn. 1; *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 259 AEUV, Rn. 7.

¹⁴¹ *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 259 AEUV, Rn. 7.

größtenteils beruht durch die Kommission und nationale Gerichte an den EuGH herangezogen werden.

II. Unmittelbare Geltung des Primärrechts

Voraussetzung für die negative Integration durch den Gerichtshof ist die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts. In der Entscheidung *Van Gend & Loos* hat der EuGH erstmals festgehalten, dass das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht den Einzelnen – ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt – auch Rechte verleihen soll.¹⁴² Dieses Urteil stellt einen qualitativen Sprung im Rahmen der systemkonformen Rechtsfortbildung durch den EuGH dar.¹⁴³ Der EuGH befreite das Europarecht von der Kontrolle der nationalen Regierungen über die innerstaatliche Umsetzung völkerrechtlicher Verträge.¹⁴⁴ In der Regel entscheiden nationale Regierungen selbst in welchem Umfang internationales Recht für die Bürger Rechte und Pflichten erzeugen kann.¹⁴⁵ Nunmehr kann der Bürger vor dem nationalen Gericht auf die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts klagen.¹⁴⁶ Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH in der Rs. *Van Gend & Loos* selbst festgestellt hat, dass die Mitgliedstaaten nur in begrenztem Rahmen Souveränitätsrechte auf die Union übertragen haben.¹⁴⁷ Er trifft mit dem Urteil somit nicht nur eine Entscheidung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts, sondern auch zur Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Union.¹⁴⁸ In der nachfolgenden Entscheidung *Simmenthal II* hat der EuGH nochmals unterstrichen, dass das Unionsrecht einheitlich volle Wirksamkeit in den Mitgliedstaaten entfalte.¹⁴⁹

III. Anwendungsvorrang des Europarechts vor nationalem Recht

Weitere Voraussetzung für die negative Integration durch Rechtsprechung ist der Anwendungsvorrang des Europarechts vor nationalem Recht. Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit des Europarechts ergab sich zunächst nur, dass jüngeres Europarecht dem nationalen Recht vorgeht. Der Vorrang älteren Europarechts vor nationalem Recht ließ sich daraus nicht herleiten, sodass neuere nationale Normen aufgrund ihrer Vorrangigkeit die gesamt-

¹⁴² EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 7, S. 25 – *Van Gend & Loos*.

¹⁴³ *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 368.

¹⁴⁴ *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 55.

¹⁴⁵ *Haltern*, Integration durch Recht, in: Bieling/Lerch, Theorien der Europäischen Integration, S. 399, 402.

¹⁴⁶ *Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 245.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 7, S. 25 – *Van Gend & Loos*.

¹⁴⁸ Vgl. *Weiler*, The transformation of Europe, *Yale Law Journal* 100 (1991), S. 2403, 2451.

¹⁴⁹ EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, S. 629, Tz. 14/16 – *Simmenthal II*.

europäische Rechtsordnung zu einem Flickenteppich machen würde.¹⁵⁰ Um den damit verbundenen Problemen zu entgehen, hat der EuGH unter Hinweis auf die mit der Schaffung der Europäischen Union verbundene Begrenzung der Souveränitätsrechte der Mitgliedstaaten sowie die Gefahr, die eine unterschiedliche Geltung des Gemeinschaftsrechts für die Verwirklichung der im Vertrag genannten Ziele mit sich bringen würde, Folgendes ausgeführt:

„Aus alledem folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“¹⁵¹

Später bestätigte der Gerichtshof diese Rechtsprechung ausdrücklich auch bezüglich des Vorrangs des Europarechts vor nationalem Verfassungsrecht.¹⁵² Der Vorrang des Europarechts vor nationalem Recht bezieht sich nicht nur auf alle Arten des nationalen Rechts, sondern gilt ebenso für alle Arten des Europarechts. Primär- und Sekundärrecht haben ebenso Vorrang vor nationalem Recht wie die Rechtsprechung des EuGH.¹⁵³

IV. Geltung der Urteile des EuGH

Auch das europäische Prozessrecht begünstigt die negative Integration. Die Urteile im Vorabentscheidungsverfahren gelten nicht nur für den konkret beschriebenen Fall, sondern haben auch Auswirkungen auf vergleichbare Regelungen in anderen Mitgliedstaaten. Dies ergibt sich aus der Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV wonach sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus dem Vertrag ergeben, unterstützen.¹⁵⁴ Die Verpflichtung, die Beachtung des Unionsrechts zu sichern, erstreckt sich nicht nur auf nationale Gerichte, sondern gilt für alle innerstaatlichen Organe.¹⁵⁵ Ähnliches gilt für Urteile im Vertragsverletzungsverfahren. Diese ergehen zur Schonung der mitgliedstaatlichen Souveränität zwar grundsätzlich als Feststellungsurteile.¹⁵⁶ Allerdings greift auch hier die Loyalitätspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV wonach alle Mitgliedstaaten – und dies beinhaltet alle Organe der Mitgliedstaaten – die jeweiligen Maßnahmen ergreifen müssen, um die aus dem Vertrag ergebenden Pflichten zu erfüllen.

¹⁵⁰ *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 56.

¹⁵¹ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1259, 1270 – *Costa/ENEL*.

¹⁵² EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, S. 630, Tz. 17/18 – *Simmenthal II*.

¹⁵³ *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 57.

¹⁵⁴ Vgl. *Pechstein*, EU-Prozessrecht, Rn. 866ff.

¹⁵⁵ *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 267 AEUV, Rn. 106.

¹⁵⁶ *Pechstein*, EU-Prozessrecht, Rn. 309.

Anhand der – unten dargestellten – Sachverhalte in der Rs. *Luisi und Carbone* sowie in den Fremdenführer- und Museumsfällen wird deutlich, dass bestimmte Regelungen, die mit dem Unionsrecht kollidieren, oftmals in mehreren Mitgliedstaaten vorhanden sind, so dass ein einzelnes Urteil Auswirkungen auf eine Vielzahl von Fällen hat.

B. Negative Integration im Tourismusbereich durch Rechtsprechung des EuGH

Die nachfolgende Auswahl der Beispiele negativer Integration durch Rechtsprechung basiert auf verschiedenen Faktoren. Zum einen haben alle dargestellten Fälle einen Bezug zum Tourismus. Der Sachverhalt dreht sich um Touristen oder die jeweils behandelte Rechtsfrage entstammt einem touristisch geprägten Lebenssachverhalt.

I. Rechtsprechung zu transnationalen Integrationsnormen

Es gibt einige Beispiele negativer Integration im Tourismus, bei welchen die Rechtsprechung auf transnationalen Integrationsnormen basiert. Transnationale Integrationsnormen sind Regelungen, die föderale Gefährdungslagen eindämmen sollen.¹⁵⁷ Im Unionsrecht zählen dazu insbesondere die Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsrecht sowie das allgemeine Freizügigkeitsrecht.

1. Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit

Nur wenige Fälle haben Bezug zur Warenverkehrsfreiheit und dem Tourismusbereich. Der Fall *Irische Souvenirs*¹⁵⁸ macht die wirtschaftliche Bedeutung des Tourismus auch für das produzierende Gewerbe, vorliegend bezüglich der Herstellung von Souvenirs, deutlich. Eine irische Verordnung sah vor, dass irische Souvenirs, die im Ausland produziert wurden, nur dann nach Irland eingeführt beziehungsweise dort verkauft werden dürfen, wenn eine Ursprungshinweis, bestehend aus dem Produktionsland und dem Zusatz „foreign“, aufgedruckt ist. Der Gerichtshof sah in diesen Regelungen einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit. Eine Rechtfertigung über Art. 36 AEUV sei ausgeschlossen, da die dort genannten Ausnahmetatbestände eng auszulegen seien.¹⁵⁹ Die irische Regierung hatte sich unter anderem darauf gestützt, dass die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherschutz, denen die Maßnahme diene, von den in Art. 36 AEUV genannten Ausnahmetatbeständen der öffentlichen Ordnung umfasst seien. Auch eine Rechtfertigung über den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der

¹⁵⁷ Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 719.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, S. 1625 – Irische Souvenirs.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, S. 1625, Tz. 7ff. – Irische Souvenirs; EuGH, Rs. 46/76, Slg. 1977, S. 5, Tz. 12/15 – Bauhuis.

zwingenden Erfordernisse ist nach Ansicht des Gerichtshofs ausgeschlossen. Er führt aus, dass nur eine nationale Regelung, die unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gilt, über zwingende Erfordernissen gerechtfertigt werden könne.¹⁶⁰ Die vorliegenden Maßnahmen seien jedoch keine unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen, da sie sich ausschließlich auf eingeführte Erzeugnisse bezögen und daher diskriminierenden Charakter hätten.¹⁶¹ Der EuGH legt somit auch für die Warenverkehrsfreiheit im Tourismusbereich die geschriebenen Rechtfertigungsgründe eng aus und wendet die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe nur für unterschiedslose Maßnahmen an.

2. Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit

Im Tourismusbereich sind zahlreiche Entscheidungen mit Bezug zur Dienstleistungsfreiheit ergangen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Tourismusbereich ein klassischer Dienstleistungssektor ist und Fremdenverkehrsleistungen bei einem touristischen Aufenthalt notwendigerweise in Anspruch genommen werden.

a) Schutzbereich

Der EuGH hat durch seine Rechtsprechung den Schutzbereich erweitert, indem er die passive Dienstleistungsfreiheit für den Dienstleistungsempfänger entwickelt und in die Dienstleistungsfreiheit ein Aufenthaltsrecht hineininterpretiert hat. Aus dem Wortlaut des Art. 56 AEUV und seinen Vorgängerbestimmungen geht die passive Dienstleistungsfreiheit nicht hervor.¹⁶²

aa) Watson und Belmann (1976)

In der Rs. *Watson und Belmann* wohnte die britische Staatsangehörige Watson bei Familie Belmann in Italien, ohne den italienischen Meldevorschriften für die Übernachtung von Ausländern zu genügen. Daraufhin wurden beide vor dem zuständigen Gericht in Italien angeklagt, welches dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit des italienischen Melderechts mit dem Europarecht vorlegte.¹⁶³

In seinen Schlussanträgen äußerte sich Generalanwalt *Trabucchi* skeptisch zu einer Erweiterung der Dienstleistungsfreiheit auf den Empfänger. Der Fremdenverkehr sei zwar ein Bereich der liberalisiert werden solle und im Sekundärrecht werde zur Verwirklichung der

¹⁶⁰ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, S. 1625, Tz. 10 – Irische Souvenirs.

¹⁶¹ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, S. 1625, Tz. 11 – Irische Souvenirs.

¹⁶² Wortlaut Art. 56 AEUV: Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

¹⁶³ EuGH, Rs. 118/75, Slg. 1975, S. 1185 – Watson und Belmann.

Dienstleistungsfreiheit auch der Empfänger miteinbezogen. Dort seien die Mitgliedstaaten durch Richtlinien beispielsweise verpflichtet, Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen auf dem Gebiet des Dienstleistungsverkehrs für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten, die sich als Empfänger einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat begeben wollen, aufzuheben.¹⁶⁴ Allerdings hält er eine vertragsimmanente weite Auslegung der Dienstleistungsfreiheit, die auch rein potentielle Dienstleistungsempfänger umfasst, nicht für möglich. Dann würde nämlich das Recht auf Freizügigkeit praktisch auf alle Bürger der Mitgliedstaaten ausgedehnt, da jeder tatsächlich oder potentiell Empfänger von Dienstleistungen sei. Dies entspräche jedoch weder dem Wortlaut der Dienstleistungsfreiheit noch dem System des Vertrages nach damaligen Stand, der die Freizügigkeit nur für bestimmte Gruppen von Marktbürgern, nämlich Erbringern von Dienstleistungen, Arbeitnehmern und sich Niederlassende, vorsah. Nur bei tatsächlicher Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder wenn diese unlöslich mit der Bewegungsmöglichkeit verbunden sind, sei ein Aufenthaltsrecht zu gewähren.¹⁶⁵ Wie die Formulierung „Bewegungsmöglichkeit“ zu verstehen ist, wird aus den Schlussanträgen nicht deutlich.¹⁶⁶ Die beteiligten italienischen und britischen Regierungen trugen vor, dass der Vertrag sich zwar auch auf den Empfänger von Dienstleistungen beziehe, damit jedoch nicht beabsichtigt sei, ihn als solchen zu schützen, sondern nur den Schutz des Dienstleistungserbringers zu vervollständigen.¹⁶⁷ Der EuGH bezog im anschließenden Urteil zur Frage der passiven Dienstleistungsfreiheit nicht eindeutig Stellung. Er verwies zwar auf die Präambel der Richtlinie zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen, wonach der freie Dienstleistungsverkehr es erfordert, dass dem Leistungserbringer und dem Leistungsempfänger ein Aufenthaltsrecht entsprechend der Dauer der Dienstleistung gewährt wird, zog daraus jedoch nicht den Schluss auf eine passive Dienstleistungsfreiheit.¹⁶⁸ Im Ergebnis nahm er somit die von Generalanwalt *Trabucchi* angestoßene grundsätzliche Diskussion nicht auf. Somit kann festgehalten werden, dass zumindest zu diesem Zeitpunkt die selbstständige Anwendung der Dienstleistungsfreiheit auf den Empfänger der Dienstleistung und somit die passive Dienstleistungsfreiheit noch nicht anerkannt war.

¹⁶⁴ Generalanwalt *Trabucchi*, Schlussantrag, Rs. 118/75, S. 1201, 1203 – Watson und Belmann mit Verweis auf die RL 73/148/EWG zur Aufhebung von Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. EU Nr. L 172, S. 14.

¹⁶⁵ Generalanwalt *Trabucchi*, Schlussantrag, Rs. 118/75, S. 1201, 1203 – Watson und Belmann.

¹⁶⁶ Vgl. auch *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 63.

¹⁶⁷ EuGH, Rs. 118/75, Slg. 1976, S. 1185, 1195 – Watson und Belmann.

¹⁶⁸ EuGH, Rs. 118/75, Slg. 1976, S. 1185, Tz. 17ff. – Watson und Belmann.

bb) Luisi und Carbone (1984)

In der Rs. *Luisi und Carbone* war gegen zwei italienische Staatsbürger eine Geldbuße verhängt worden, weil sie sich ausländische Devisen über dem ihnen zustehenden Freibetrag beschafft und diese ins Ausland transferiert hatten. Sie gaben an, das Geld zur Finanzierung von medizinischen Behandlungen und für touristische Zwecke im Ausland zu benötigen. Das italienische Gericht, welches über die Rechtmäßigkeit des Bußgeldes entscheiden sollte, legte dem EuGH die Frage vor, ob die Ausfuhr von Devisen von der Dienstleistungsfreiheit umfasst sei oder die Kapitalverkehrsfreiheit Anwendung finde.

Die italienische Regierung argumentierte unter Verweis auf den Schlussantrag von Generalanwalt *Trabucchi* in der Rs. *Watson und Belmann*, dass der Devisentransfer für touristische Zwecke nicht unter die Dienstleistungsfreiheit falle. Diese sei nur anwendbar, wenn die Dienstleistungsbeziehung hinsichtlich ihrer wesentlichen Bestandteile, wie der beteiligten Personen sowie Art und Dauer der Dienstleistung bereits individualisiert ist. Ein Tourist sei jedoch nur ein potentieller Nutzer noch unbestimmter Dienstleistungen, da er die Zahlungsmittel auch für Ausgaben außerhalb des Dienstleistungsbereichs verwenden könnte.¹⁶⁹ Mithin sei vorliegend die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig.¹⁷⁰

Generalanwalt *Mancini* distanziert sich in seinen Schlussanträgen ausdrücklich von den Äußerungen seines Kollegen in der Rs. *Watson und Belmann*. Er argumentiert, dass Beschränkungen des Dienstleistungsempfängers automatisch zu Beschränkungen der Tätigkeit des Dienstleistungserbringers führten und somit beide Varianten von der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs umfasst sein müssten.¹⁷¹ Außerdem wäre die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit für den Integrationsprozess erheblich gemindert, wenn ein wirtschaftlich wichtiger Zweig wie der Fremdenverkehr, der von Dienstleistungsempfängern geprägt ist, von der Gewährleistung praktisch ausgeschlossen wäre.¹⁷² Interessant ist, dass sich *Mancini* zur Begründung seiner Auffassung auf den bereits existenten Schutz der Dienstleistungsfreiheit des Empfängers im Sekundärrecht stützt und dabei dieselben Regelungen zitiert wie sein Kollege in der Rs. *Watson und Belmann*. Entgegen der Vorgehensweise seines Kollegen leitet er aus der sekundärrechtlichen Existenz der Dienstleistungs-

¹⁶⁹ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, 388/389 – Luisi und Carbone.

¹⁷⁰ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, 387 – Luisi und Carbone; siehe auch Generalanwalt *Mancini*, Schlussantrag, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 409, 414 – Luisi und Carbone.

¹⁷¹ Generalanwalt *Mancini*, Schlussantrag, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 409, 415 – Luisi und Carbone.

¹⁷² Generalanwalt *Mancini*, Schlussantrag, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 409, 415 – Luisi und Carbone.

freiheit für den Empfänger auch für das Primärrecht eine solche Variante der Dienstleistungsfreiheit ab.¹⁷³

Der EuGH hat im Urteil letztlich die passive Dienstleistungsfreiheit anerkannt, auch wenn die wesentlichen Bestandteile der Dienstleistungsbeziehung noch nicht bestimmt sind. Konkret führt er aus, dass der freie Dienstleistungsverkehr die Freiheit des Leistungsempfängers einschlieÙe, sich zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, ohne durch Beschränkungen – und zwar auch im Hinblick auf Zahlungen – daran gehindert zu sein, und dass Touristen sowie Personen, die eine medizinische Behandlung in Anspruch nehmen oder die Studien- oder Geschäftsreisen unternehmen, als Empfänger von Dienstleistungen anzusehen sind.¹⁷⁴ Auch der Gerichtshof bezieht sich in seinen Entscheidungsgründen auf dieselben Richtlinienbestimmungen die die Generalanwälte *Trabucchi* und *Mancini* bereits zitiert haben, und entwickelt daraus die passive Dienstleistungsfreiheit im Primärrecht.¹⁷⁵ Mit der passiven Dienstleistungsfreiheit verknüpft er ein Aufenthaltsrecht für die Dauer der Inanspruchnahme der Dienstleistung.¹⁷⁶ Auf die von Generalanwalt *Trabucchi* in der Rs. *Watson und Belmann* geäußerten Bedenken der Anerkennung einer primärrechtlichen passiven Dienstleistungsfreiheit geht der EuGH nicht ein.¹⁷⁷ Allerdings betonte er in späteren Entscheidungen, dass durch den fortgesetzten Empfang von Dienstleistungen kein unendliches Aufenthaltsrecht entstehen könne. Eine ohne zeitliche Beschränkung ausgeführte Tätigkeit sei nämlich nicht von der Dienstleistungsfreiheit umfasst.¹⁷⁸ Durch die Anerkennung des Schutzes der passiven Dienstleistungsfreiheit für noch nicht konkretisierte Dienstleistungen berücksichtigt der EuGH die typische Struktur von individuell organisierten Reisen bei denen vielmals zu Beginn der Reise der spätere Dienstleistungserbringer als Vertragspartner noch nicht feststeht.¹⁷⁹ Außerdem wendet er den Schutz der passiven Dienstleistungsfreiheit – wie bei

¹⁷³ Generalanwalt *Mancini*, Schlussantrag, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 409, 416 – Luisi und Carbone mit Verweis auf das vom Rat am 18.12.1961 beschlossene Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs (ABl. EU 1962, S. 32), die RL 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (ABl. EU 1964, S. 850), RL 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs (ABl. EU Nr. L 172, S. 14).

¹⁷⁴ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, Tz. 16 – Luisi und Carbone.

¹⁷⁵ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, Tz. 12 – Luisi und Carbone.

¹⁷⁶ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, Tz. 16 – Luisi und Carbone; ein solches Aufenthaltsrecht für die Dauer der Leistung enthielt bereits Art. 4 Abs. 2 der inzwischen aufgehobenen RL 73/148/EWG; siehe auch *Cremer*, Passive Dienstleistungsfreiheit und Freizügigkeit, NVwZ 2010, S. 494, 496.

¹⁷⁷ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, Tz. 10 – Luisi und Carbone; *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, S. 725.

¹⁷⁸ So später EuGH, Rs. 196/87, Slg. 1988, S. 6169, Tz. 16 – Steymann.

¹⁷⁹ *Hafke*, Anmerkung zu Luisi und Carbone, EuR 1984, S. 398, 400.

der aktiven Dienstleistungsfreiheit – auch auf Beschränkungen an und limitiert ihn nicht auf Diskriminierungen.¹⁸⁰

Durch dieses Urteil stellte der EuGH zwei wichtige Weichen. Zum einen löste er die Fixierung der Grundfreiheiten auf aktive am Wirtschaftsleben teilnehmende Personen, indem er auch den lediglich konsumierenden Touristen in den Schutz einbezog. Damit weist er der passiven Dienstleistungsfreiheit eine wichtige Systemfunktion für die spätere Entwicklung der Rechtstellung des Unionsbürgers zu.¹⁸¹ Zwar enthielt die Richtlinie 73/148/EWG in der Präambel bereits den Hinweis, dass der freie Dienstleistungsverkehr ein Aufenthaltsrecht entsprechend der Dauer der Dienstleistung für den Leistungserbringer und dem Leistungsempfänger erfordere,¹⁸² jedoch wurde ein subjektives Recht des Dienstleistungsempfängers auf Gewährung der passiven Dienstleistungsfreiheit in die Formulierung bisher nicht hineingelesen. Die passive Dienstleistungsfreiheit im Primärrecht umfasst – wie sie sich nach der Rs. *Watson und Belmann* darstellt – hingegen das Verbot jeglicher Beschränkungen der Inanspruchnahme von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat. Zum anderen verschafft die weite Auslegung der Dienstleistungsfreiheit, nach der die auch nur potentielle Inanspruchnahme einer Dienstleistung ausreicht, dem Bürger ein konsumbedingtes Zugangs- und Aufenthaltsrecht in der Union. Denn es ist kaum vorstellbar, dass ein Tourist in dem Mitgliedstaat in den er einreist keinerlei Dienstleistungen in Anspruch nehmen wird.¹⁸³ Insbesondere ist hervorzuheben, dass das aus einer Serie der Inanspruchnahme von Dienstleistungen resultierende Aufenthaltsrecht – abgesehen von den nötigen finanziellen Mitteln für die Inanspruchnahme der Dienstleistungen – von einem bestehenden Existenzminimum des Dienstleistungsempfängers unabhängig ist.¹⁸⁴

Darüber hinaus tritt in diesem Urteil ein personenfreiheitsrechtlicher Aspekt der Dienstleistungsfreiheit hervor. Grundsätzlich wurde die Dienstleistungsfreiheit, wie die Warenverkehrsfreiheit, als Produktfreiheit eingestuft, da die Leistungserbringung selbst im Zentrum steht.¹⁸⁵ Durch die Ausweitung der Dienstleistungsfreiheit auf Sachverhalte in denen nur noch mittelbar die Dienstleistungserbringung bzw. deren Empfang betroffen ist, hat sich ein personenfreiheitsrechtlicher Aspekt der Dienstleistungsfreiheit entwickelt. Somit

¹⁸⁰ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, Tz. 37 – *Luisi und Carbone*; siehe zur aktiven Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, I-1299 – *van Binsbergen*.

¹⁸¹ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 31.

¹⁸² Siehe Präambel der RL 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. EU Nr. L 172, S. 14.

¹⁸³ *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, S. 725; *Reich*, Bürgerrechte in der Europäischen Union, S. 196.

¹⁸⁴ Vgl. auch *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 77.

¹⁸⁵ Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 56/57 AEUV, Rn. 78.

kommt der Dienstleistungsfreiheit eine Zwitterstellung als Personen- und Produktfreiheit zu.¹⁸⁶

Des Weiteren zeigt das Urteil, dass die Auswirkungen eines Urteils sich nicht auf den Mitgliedstaat beschränken, der Urheber der untersuchten Vorschrift ist, sondern auch andere Mitgliedstaaten treffen, die vergleichbare Vorschriften in ihrer Rechtsordnung vorsehen. Vorliegend existierte auch in Frankreich eine ähnliche Beschränkung der Devisenausfuhr zum Schutze der nationalen Zahlungsbilanz, welche dem Urteil entsprechend geändert wurde.¹⁸⁷

Abschließend ist festzuhalten, dass der EuGH rechtsfortbildend tätig geworden ist, da das Urteil über den Wortlaut¹⁸⁸ des Vertrages zur Dienstleistungsfreiheit hinausgeht.

cc) **Oulane (2005)**

In der Rs. *Oulane* ging es um einen französischen Staatsbürger, der als Tourist in die Niederlande eingereist war und dort für mehr als sechs Monate bleiben wollte.¹⁸⁹ Ein niederländisches Gericht legte die Frage vor, ob ein Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates sich auch dann auf die (passive) Dienstleistungsfreiheit berufen könne, wenn er sich bereits seit mehr als sechs Monaten in dem anderen Mitgliedstaat aufhält, dort keinen festen Wohn- oder Aufenthaltsort hat und keinerlei finanziellen Mittel besitzt.¹⁹⁰ Der Gerichtshof urteilte, dass das Aufenthaltsrecht nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 74/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs sich für Leistungserbringer und -empfänger entsprechend der Dauer der Leistung erstrecke. In diesem Zusammenhang sei es Sache des Reisenden, der sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, zu beweisen, dass sein Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat rechtmäßig ist.¹⁹¹ Herr Oulane berief sich zur Begründung seines Aufenthaltsrechts auf den in den Entscheidungen *Luisi und Carbone* und *Cowan* entwickelten Begriff des Dienstleistungsempfängers. Jedoch hat der EuGH vorliegend in der Rs. *Oulane* die Dienstleistungsfreiheit nicht angewandt. Mangels finanzieller Mittel sei eine Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch Herrn Oulane rein hypothetisch und reiche zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit nicht aus. Aus dieser Rechtsprechung lässt sich erkennen, dass der EuGH

¹⁸⁶ Roth, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt E I, Rn. 134, 31. Ergänzungslieferung, Stand: 2012.

¹⁸⁷ Everling, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193, 216.

¹⁸⁸ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 30; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 76.

¹⁸⁹ EuGH, Rs. C-215/03, Slg. 2005, I-1245 – Oulane.

¹⁹⁰ EuGH, Rs. C-215/03, Slg. 2005, I-1245, Tz. 11 – Oulane.

¹⁹¹ EuGH, Rs. C-215/03, Slg. 2005, I-1245, Tz. 56 – Oulane.

den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nicht ad infinitum erweitert, sondern auch Grenzen zieht.¹⁹² Rechtsfortbildend ist der EuGH in diesem Fall nicht tätig geworden.

dd) Carpenter (2002)

Im Zusammenhang mit der Weite des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit ist insbesondere die Rs. *Carpenter* zu nennen. Frau Carpenter ist Drittstaatsangehörige und war als Touristin in die EU eingereist. Trotz Ablaufs ihres Besuchervisums verließ sie Großbritannien nicht und heiratete einen britischen Staatsangehörigen. Dieser verkaufte Werbeanzeigen in Zeitschriften in Großbritannien und anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Großbritannien verwehrte die beantragte Aufenthaltserlaubnis. Im sich anschließenden Verfahren legte das britische Gericht dem EuGH die Frage vor, ob sich der Ehegatte eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates auf die Dienstleistungsfreiheit desselben berufen und daraus ein Aufenthaltsrecht herleiten könne.¹⁹³

aaa) Schlussantrag und Urteil

Die Generalanwältin *Stix-Hackl* hat in ihrem Schlussantrag die Ableitung eines Aufenthaltsrechts von Frau Carpenter aus der Dienstleistungsfreiheit verneint, stattdessen plädierte sie dafür, das einschlägige Sekundärrecht, gemäß dessen Wortlaut kein Aufenthaltsrecht bestand, im Lichte der Grundfreiheiten und der Grundrechte auszulegen und über diesen Umweg Frau Carpenter ein Aufenthaltsrecht zuzugestehen.¹⁹⁴ Dabei griff sie auf die bereits erwähnte Richtlinie 73/148/EWG zurück.¹⁹⁵

Der EuGH leitete das Aufenthaltsrecht von Frau Carpenter letztlich aus der aktiven Dienstleistungsfreiheit ihres Ehegatten her, ausgelegt im Lichte des Grundrechts auf den Schutz der Familie nach Art. 8 EMRK. Das Sekundärrecht könne aufgrund des eindeutig entgegenstehenden Wortlautes nicht primärrechts- bzw. grundrechtskonform ausgelegt werden.¹⁹⁶ Laut EuGH wirke die Trennung der Eheleute sich nachteilig auf ihr Familien-

¹⁹² *Hatzopoulos/Do*, The case law of ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005, CML-Rev. 43 (2006), S. 923, 926/948.

¹⁹³ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 20 – Carpenter.

¹⁹⁴ Generalanwältin *Stix-Hackl*, Schlussantrag, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6282, Tz. 38, 76ff. – Carpenter; vgl. auch *Reich/Harbacevica*, Citizenship and family on trial, CMLRev. 40 (2003), S. 615, 622; *Puth*, Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, EuR 2002, S. 852, 861, 864; *Acierno*, The Carpenter Judgment, ELRev. 2003, S. 398, 400.

¹⁹⁵ RL 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. EU Nr. L 172, S. 14.

¹⁹⁶ Die sekundärrechtliche Regelung in der RL 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, nach deren Anwendbarkeit mit der Vorlage ebenso ge-

leben aus und somit auf die Bedingungen unter denen Herr Carpenter seine Grundfreiheit wahrnimmt. Unter Hinweis auf die Funktion der Grundrechte als Schranken-Schranke der Grundfreiheiten stellt der Gerichtshof fest, dass die Ausweisung der Ehegattin einen Eingriff in die Verwirklichung des Rechts von Herrn Carpenter auf Achtung des Familienlebens sei.¹⁹⁷ Die Dienstleistungsfreiheit könne ihre volle Wirkung nicht entfalten, wenn Herr Carpenter von seiner Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit durch Hindernisse abgehalten würde, die in seinem Herkunftsland für die Einreise und den Aufenthalt seiner Ehegattin bestünden.¹⁹⁸ Der EuGH leitet somit aus der Zusammenschau des Rechts auf Verwirklichung des Familienlebens mit der Dienstleistungsfreiheit ein Aufenthaltsrecht für Frau Carpenter ab. Bemerkenswert ist, dass dieses besteht, obwohl Frau Carpenter nicht Angehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union ist.¹⁹⁹

bbb) Fehlen eines grenzüberschreitenden Bezuges

In der Literatur wird das Urteil wegen des Fehlens eines grenzüberschreitenden Elements fehlerhaft, welches für die Eröffnung des Schutzbereichs der Dienstleistungsfreiheit notwendig sei, häufig kritisiert. Die Ausweisung der Ehefrau beeinträchtigt die Verwirklichung des Familienlebens und somit die Bedingungen für die Erbringung der Dienstleistung sowohl im Vereinigten Königreich als auch in anderen Mitgliedstaaten. Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit die an den Grenzübertritt anknüpft liegt somit nicht vor, da die Auswirkungen der Ausweisung für die grenzüberschreitende Erbringung der Dienstleistung und für die innerstaatliche Erbringung der Dienstleistung identisch sind.²⁰⁰ Ein grenzüberschreitendes Element hat der Gerichtshof somit in diesem Urteil nicht gefordert. Letztlich hat er durch die sehr weite Auslegung der Dienstleistungsfreiheit einen typischen

fragt wurde, gilt nur für den Fall, dass sich ein Unionsbürger und sein Ehegatte in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten wollen. Vorliegend möchte sich das Ehepaar Carpenter aber weiterhin in Großbritannien aufhalten, vgl. Tz. 36 des Urteils; *Reich/Harbacevica*, *Citizenship and family on trial*, CMLRev. 40 (2003), S. 615, 622.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 41 – Carpenter.

¹⁹⁸ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 39 – Carpenter.

¹⁹⁹ Zu beachten ist, dass der EuGH in den Urteilsbegründung und im Tenor stets auf die Dienstleistungsfreiheit von Herrn Carpenter und somit auf ein abgeleitetes und kein eigenes Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen abstellt, vgl. auch *Eggert*, Anmerkung Urteil Carpenter, EuZW 2002, S. 603, 607; *Hatzopoulos/Do*, *The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005*, CMLRev. 43 (2006), S. 923, 948.

²⁰⁰ *Mager*, Anmerkung zu Carpenter, JZ 2003, S. 204, 206; zustimmend *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, § 25, Rn. 17; *Papadileis*, *Das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs*, JuS 2011, S. 123, 124; *Claasen*, *Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen*, EuR 2004, S. 416, 422; *von Bogdandy/Bitter*, *Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot*, in: *Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias*, *Festschrift Zuleeg*, S. 309, 319; ähnlich *Acierno*, *The Carpenter Judgment*, ELRev. 2003, S. 398, 405; siehe auch *Lippert*, *Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht*, S. 71ff., 227f.

Fall der umgekehrten Diskriminierung erfasst.²⁰¹ Dies bedeutet, dass ein Inländer vom eigenen Staat schlechter gestellt wird als ein Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates, der aufgrund europarechtlicher Vorgaben bevorzugt wird. Fälle der umgekehrten Diskriminierung fallen jedoch mangels grenzüberschreitenden Bezuges nicht in den tatbestandlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, sodass Grundfreiheiten und Freizügigkeitsrecht nicht greifen.²⁰²

ccc) Beschränkungsverbot in Umfeldregelungen

In vorliegendem Fall wendet der EuGH die Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot auch in Umfeldregelungen an, die nicht direkt die Dienstleistungserbringung betreffen. Für die Betroffenheit des Anwendungsbereichs genüge es, dass die Dienstleistungsfreiheit ihre volle Wirkung nicht entfalten könne.²⁰³ Diese Auslegung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot – vergleichbar mit der Auslegung der Warenverkehrsfreiheit²⁰⁴ – kann erstmals in die Urteilsbegründung in der Rs. *van Binsbergen* hineingelesen werden. Der EuGH hält fest, dass unter den Begriff der Beschränkungen, deren Beseitigung die Dienstleistungsfreiheit vorsieht, alle Anforderungen fallen, die an den Leistenden gestellt werden und die geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern.²⁰⁵ Diese Formel aus dem Urteil *van Binsbergen* erforderte jedoch einen Bezug der angegriffenen Regelung zu der ökonomischen Tätigkeit und zur Person, die diese Tätigkeit erbringt.²⁰⁶ In der Rs. *Carpenter* misst der EuGH jedoch nicht nur solche Regelungen an der Dienstleistungsfreiheit, die sich auf die Dienstleistungstätigkeit selbst beziehen, sondern auch Regelungen, die lediglich das persönliche Umfeld des Dienstleistungserbringers betreffen.²⁰⁷ So hat die angegriffene nationale Regelung eher einen Bezug zum Aufenthaltsrecht statt zur Dienstleistungserbringung.²⁰⁸ Mithin wurde der Beschränkungs-begriff nochmals erweitert. Dies wird besonders deutlich, wenn man die Entscheidung des EuGH in vorliegender Rechtssache auf die passive Dienstleistungsfreiheit überträgt. Wür-

²⁰¹ *Reich/Harbacevica*, Citizenship and family on trial, CMLRev. 40 (2003), S. 615, 633; *Acierno*, The Carpenter Judgment, ELRev. 2003, S. 398, 404; zum Begriff der umgekehrten Diskriminierung siehe *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 33ff.

²⁰² *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 18 AEUV Rn. 30.

²⁰³ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 39 – *Carpenter*.

²⁰⁴ Vgl. zur Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, S. 837, Tz. 5 – *Dassonville*.

²⁰⁵ EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, S. 1300, Tz. 10/12 – *Van Binsbergen*.

²⁰⁶ Wirkt eine Regelung zu ungewiss und zu indirekt, kann sie die Inanspruchnahme einer Grundfreiheit nicht beeinträchtigen. Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493, Tz. 25 – *Graf*.

²⁰⁷ *Reich/Harbacevica*, Citizenship and family on trial, CMLRev. 40 (2003), S. 615, 635; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 56/57 AEUV, Rn. 67.

²⁰⁸ *Reich/Harbacevica*, Citizenship and family on trial, CMLRev. 40 (2003), S. 615, 635; *Hatzopoulos/Do*, The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005, CMLRev. 43 (2006), S. 923, 988; *Spaventa*, From Gebhard to Carpenter, CMLRev. 41 (2004), S. 767.

de Herr Carpenter nicht aktiv Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten erbringen, sondern dort als Tourist nur passiv Dienstleistungen in Anspruch nehmen, ergäbe sich aus der bloßen Reisetätigkeit von Herrn Carpenter ein Aufenthaltsrechts seiner Ehefrau, da das Problem der Kinderbetreuung in beiden Varianten gleichermaßen zum Tragen käme.²⁰⁹

Zum Teil wird diese weite Auslegung der Grundfreiheiten vor dem Hintergrund einer Einbettung der Grundfreiheiten in soziale Rechte begrüßt.²¹⁰ Die Mehrheit bewertet die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot hinsichtlich sogenannter Umfeldregelungen hingegen kritisch.²¹¹ Regelungen des Exportstaates, die lediglich den Rahmen für die Erbringung einer Dienstleistung abstecken, sollten nur an einem Diskriminierungsverbot gemessen werden, solange sie nicht den Zugang zum Markt anderer Mitgliedstaaten in spezifischer Weise behindern.²¹²

Darüber hinaus könnte man eine Parallele zur der im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit ergangenen *Keck*-Rechtsprechung²¹³ des EuGH ziehen und danach eine Beschränkung ablehnen. Nach der *Keck*-Rechtsprechung sind im Rahmen von Produktfreiheiten Regelungen, die unterschiedslos gelten und die Ausfuhr nicht spezifisch beschränken, keine relevanten Beschränkungen. Im Fall *Carpenter* dominiert die produktbezogene Seite der Dienstleistungsfreiheit, da nur das Produkt die Grenze überschreitet.²¹⁴ Der vorliegende Sachverhalt entspräche einer Verkaufsmodalität und wäre somit keine Beschränkung der Grundfreiheit.

²⁰⁹ Siehe zu diesem Gedanken auch *Shuibhne*, Free movement of Persons and the wholly internal rule: Time to move on?, CMLRev. 39 (2002), S. 731, 760.

²¹⁰ *Caporaso/Tarrow*, Polanyi in Brussels: European Integration and the Embedding of Markets in Society, S. 37.

²¹¹ *Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, 573; *Mager*, Anmerkung zu *Carpenter*, JZ 2003, S. 204, 206; *Puth*, Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, EuR 2002, S. 852ff.

²¹² *Roth*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, Abschnitt E I, Rn. 186, 31. Ergänzungslieferung, Stand: 2012; selbiges gilt nach der Ansicht von Roth für Regelungen des Gastlandes, die den Empfang von Dienstleistungen durch den Empfänger beschränken, solange nicht der Marktzugang des Dienstleistungsempfängers betroffen ist (Passive Dienstleistungsfreiheit), Rn. 191; *Puth*, Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, EuR 2002, S. 852, 872f.

²¹³ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck*.

²¹⁴ *Puth*, Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, EuR 2002, S. 852, 869f. Aus dem Sachverhalt wird jedoch nicht ganz deutlich, ob Herr Carpenter selbst auch die Grenze überschreitet, vgl. Urteilsgründe wonach Herr Carpenter Werbeflächen in Zeitschriften verkauft und den Herausgebern der Zeitschriften verschiedene Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwaltung und der Veröffentlichung anbietet. Das Unternehmen hat seinen Sitz – ebenso wie die Herausgeber der Zeitschriften – im Vereinigten Königreich. Ein erheblicher Teil des Geschäfts besteht aus Anzeigenkunden, die ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten haben. Zu diesem Zweck reist Herr Carpenter in andere Mitgliedstaaten (EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 14 – *Carpenter*). Dann könnte die personelle Seite der Dienstleistungsfreiheit auch im vorliegenden Fall nicht negiert werden und ein Vergleich mit dem Verbot von Ausfuhrbeschränkungen nach Art. 35 AEUV scheidet aus. Zur Bewertung eines Sachverhalts in dem Ehegatten lediglich die passive Dienstleistungsfreiheit zusteht: *Cremer*, Passive Dienstleistungsfreiheit und Freizügigkeit, NVwZ 2010, S. 494, 496, der ein aus der passiven Dienstleistungsfreiheit des Ehegatten abgeleitetes Aufenthaltsrecht des Drittstaatlers verneint.

ddd) Alternative Lösungen

Fraglich ist, wieso der EuGH seine Urteilsbegründung ausschließlich auf die Grundfreiheit und nicht auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht gestützt hat. Als „Grundfreiheit ohne Markt“ wäre für dessen Anwendung die eher fernliegende Anknüpfung an die Erbringung von Dienstleistungen nicht erforderlich gewesen.²¹⁵ Inzwischen hat der EuGH anerkannt, dass auch Drittstaatsangehörige über das Freizügigkeitsrecht eines Unionsbürgers ein akzessorisches Aufenthaltsrecht innehaben können.²¹⁶ Die Ausweisung der Ehefrau und die damit verbundene Beeinträchtigung des Familienlebens hat gerade im Vergleich zu rein innerstaatlichen Sachverhalten eine spezifischere negative Wirkung auf die Ausübung der Freizügigkeit als auf die Dienstleistungsfreiheit.²¹⁷

Ebenfalls unter Verweis auf die Unionsbürgerschaft wird auch eine Lösung über das allgemeine Diskriminierungsverbot angedacht. Danach könnte Herr Carpenter fordern, nicht schlechter behandelt zu werden als Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten. Wäre Herr Carpenter Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates gewesen, hätte das allgemeine Diskriminierungsverbot einer Ausweisung von Frau Carpenter entgegengestanden.²¹⁸ Das Erfordernis der hypothetischen Annahme, dass Herr Carpenter Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates als des Vereinigten Königreichs ist, zeigt allerdings bereits die Schwäche der Lösung des Falles über das allgemeine Diskriminierungsverbot auf.

Darüber hinaus spricht gegen eine Lösung des Falles über das allgemeine Freizügigkeitsrecht und/oder das allgemeine Diskriminierungsverbot das Fehlen eines grenzüberschreitenden Bezugs, der beim Freizügigkeits- und beim allgemeinen Diskriminierungsrecht Tatbestandsmerkmal ist. Denn Herr Carpenter wäre bei Ausweisung seiner Ehefrau ebenso in der Verwirklichung der Freizügigkeit innerhalb Großbritanniens gehindert wie bei Ausübung der Freizügigkeit in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, da sich die Frage der Kinderbetreuung in beiden Sachverhaltsvarianten gleichermaßen stellt. Des Weiteren ist bei der Anknüpfung an das Freizügigkeitsrecht sinnvollerweise zu fordern, dass das Recht von der betroffenen Person ausgeübt oder von ihr zumindest der Versuch unternommen wurde es auszuüben.²¹⁹ Dies ist vorliegend nicht geschehen.

Eine andere Möglichkeit zur Lösung des Falles könnte – wie von der Generalanwältin vorgeschlagen – eine erweiternde Auslegung des Sekundärrechts, insbesondere der Richtlinie 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen, sein. Der

²¹⁵ Vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 131ff.

²¹⁶ EuGH, Rs. C-291/05, Slg. 2007, I-10761, Tz. 32ff. – Eind; *Nettesheim*, Grundrechtskonzeptionen des EuGH im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2009, S. 24, 31.

²¹⁷ *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: *Gaitanides/ Kadelbach/Rodriguez Iglesias*, Festschrift Zuleeg, S. 309, 320.

²¹⁸ Siehe dazu *Acierno*, *The Carpenter Judgment*, ELRev. 2003, S. 398, 406.

²¹⁹ Siehe unten unter Kapitel 6, B., IV., 2., a).

Wortlaut der Richtlinie umfasst zwar nur die Aufenthaltsrechte von Ehegatten der Unionsbürger in anderen Mitgliedstaaten und nicht die Aufenthaltsrechte im Heimatstaat. Wie die Generalanwältin aufgezeigt hat, bestünde jedoch die Möglichkeit einer erweiternden Auslegung. Trotz des Bestehens von Sekundärrecht hat sich der EuGH zur Lösung des Falles allein auf Primärrecht gestützt und die bestehende Richtlinie in seine Lösung nicht einbezogen. Dass die Mitgliedstaaten im Zuge der Sekundärrechtsetzung im Aufenthaltsrecht keine Regelung für den Aufenthalt von drittstaatsangehörigen Ehegatten von Unionsbürgern im Heimatstaat getroffen haben, ignoriert der EuGH und setzt sich durch den Rückgriff auf das Primärrecht in gewissem Maße darüber hinweg.²²⁰

eee) **Fazit**

Die Rechtsprechung im Fall Carpenter ist ein Beispiel dafür ist, wie die Entwicklung der Grundfreiheiten durch die Rechtsfortbildung des EuGH im Bereich des Aufenthaltsrechts trotz Einführung der Unionsbürgerschaft und des allgemeinen Freizügigkeitsrechts durch den Vertrag von Maastricht nicht an Brisanz verloren hat.²²¹ Denn Drittstaatenangehörige wie Frau Carpenter können sich – zumindest nicht direkt – auf die Unionsbürgerschaft berufen. Außerdem bedarf es auch für die Anwendung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts eines grenzüberschreitenden Bezuges, der vorliegend fehlt. Die Entscheidung zeigt auch, dass durch Touristen ausgelöste Rechtsstreitigkeiten zu einer vom EuGH forcierten Fortentwicklung des Rechts durch richterliche Rechtsfortbildung geführt haben. Ebenso wird durch das Urteil deutlich, dass der EuGH unter Anwendung der Grundfreiheiten seinen Einfluss auf Bereiche der nationalen Gesetzgebung ausweitet, die ursprünglich der nationalstaatlichen Verantwortung zugewiesen waren.

ee) **Kategorie der auslandsbedingten Dienstleistungsfreiheit in Fremdenführerfällen**

Auch durch seine Rechtsprechung in Vertragsverletzungsverfahren zur Betätigung von Fremdenführern hat der EuGH den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit über den

²²⁰ *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185. Dass der EuGH in seiner Rechtsprechung hinsichtlich des Aufenthaltsrechts auch zukünftig ohne Beachtung des Sekundärrechts neue Akzente setzen dürfte indem er das Primärrecht weiterentwickelt, vermutet auch Generalanwalt *Geelhoed*, Generalanwalt *Geelhoed*, Schlussantrag, Rs. C-209/03, Slg. 2004, I-2122 – Bidar; vgl. *Hilpold*, in: Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte oder: Der EuGH-Richter als „Künstler“, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 11, 42.

²²¹ So jedoch *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 57 AEUV, Rn. 66.

Wortlaut des Vertrages hinaus erweitert.²²² Gemäß Art. 56 AEUV sind nur Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs für Angehörige von Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Dienstleistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Einige Mitgliedstaaten hatten Regelungen aufgestellt nach denen Fremdenführer, die mit einer Reisegruppe aus einem anderen Mitgliedstaaten einreisen, nur dann ihre Dienstleistungen als Fremdenführer anbieten dürfen, wenn sie über Bescheinigungen für eine mit einer Prüfung abgeschlossene Berufsausbildung verfügen.²²³ Eine solche Regelung kann sowohl die Situation erfassen, dass ein Reisebüro durch einen fest angestellten Reiseführer die Dienstleistung für eine heimische Reisegruppe in einem anderen Mitgliedstaat erbringt, als auch die Situation, dass der Reiseführer als Freiberufler die Dienstleistung für die heimische Reisegruppe in einem anderen Mitgliedstaat erbringt.²²⁴ Vom Wortlaut des Art. 56 AEUV wären diese Konstellationen nicht umfasst, da Dienstleistungserbringer und -empfänger im gleichen Staat ansässig sind. Nach Begründung des EuGH verfolgt Art. 56 AEUV jedoch das Ziel, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit solcher Personen zu beseitigen, die nicht in dem Staat niedergelassen sind in dessen Gebiet die Dienstleistung erbracht werden soll. Demgemäß greife Art. 56 AEUV auch ein, wenn ein Leistungserbringer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen anbietet in dem er niedergelassen ist und zwar unabhängig vom Herkunftsort der Empfänger der Dienstleistungen.²²⁵

Damit hat der EuGH über die Rechtsfortbildung eine neue Anwendungskategorie der Dienstleistungsfreiheit begründet, die auch auslandsbedingte Dienstleistung²²⁶ genannt wird. Der aktiven oder passiven Dienstleistungsfreiheit lassen sich die Fremdenführerfälle nicht zuordnen, da sowohl Dienstleistungsempfänger als auch Dienstleistungserbringer aus demselben Mitgliedstaat stammen, sodass der Dienstleistungsaustausch an sich keinen grenzüberschreitenden Bezug hat. An die Stelle des grenzüberschreitenden Austauschs rückt der Austausch in einem anderen Mitgliedstaat. Aus diesem Grund können in einer solchen Konstellation eigentlich auch nur Regelungen des bereisten Staates an der Dienstleistungsfreiheit gemessen werden,²²⁷ da ansonsten keine Abgrenzung zu rein innerstaatli-

²²² Vgl. EuGH, Rs. 154/89, Slg. 1991, S. 682 – KOM/Frankreich; EuGH, Rs. 180/89, Slg. 1991, S. 718 – KOM/Italien; EuGH, Rs. 198/89, Slg. 1991, S. 735 – KOM/Griechenland; EuGH, Rs. C-375/92, Slg. 1994, I-935 – KOM/Spanien.

²²³ EuGH, Rs. 198/89, Slg. 1991, S. 735, Tz. 1 – KOM/Griechenland; ebenso EuGH, Rs. C-375/92, Slg. 1994, I-935, Tz. 1 – KOM/Spanien; EuGH, Rs. 154/89, Slg. 1991, S. 682 – KOM/Frankreich.

²²⁴ Vgl. EuGH, Rs. 198/89, Slg. 1991, S. 735, Tz. 5 – KOM/Griechenland.

²²⁵ Vgl. EuGH, Rs. 198/89, Slg. 1991, S. 735, Tz. 9/10 – KOM/Griechenland.

²²⁶ Vgl. *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage, Art. 49/50 EGV, Rn. 38; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 34; *Streinz*, Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 6 I, S. 727, 751.

²²⁷ Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 56/57 AEUV, Rn. 56.

chen Sachverhalten bestünde.²²⁸ Genau dies hat der EuGH jedoch in einer späteren Entscheidung getan und die Dienstleistungsfreiheit in einer der Fremdenführerkonstellation vergleichbaren Fallgestaltung, in der Dienstleistungserbringer und -empfänger aus demselben Land kamen und nur die Dienstleistung in einem anderen Land erbracht wurde, auch gegenüber Regelung des Heimatstaates angewandt.²²⁹

Neben der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit enthalten die Urteile Hinweise auf tourismusspezifische Rechtfertigungsgründe für Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Die von den nationalen Regierungen jeweils vorgebrachten allgemeinen Interessen an der Aufwertung künstlerischer und archäologischer Reichtümer sowie der bestmöglichen Verbreitung der Kenntnisse über das künstlerische und kulturelle Erbe eines Landes könnten theoretisch zwingende Gründe für die Rechtfertigung einer Beschränkung sein.²³⁰ Der Gerichtshof lehnte eine Rechtfertigung jedoch mit Hinweis auf die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen ab. Der Erfolgsdruck unter dem auch ausländische Reiseführer stünden, führe bereits dazu, dass die Qualität der Dienstleistungen der aus dem Ausland miteingereisten Fremdenführer den Anforderungen entspreche. Außerdem könne ein mitgebrachter Reiseführer besser auf die sprachlichen und kulturellen Erwartungen der Touristen eingehen.²³¹ Der EuGH ordnet die Regelungen somit als Beschränkung ein. Aus der Urteilsbegründung wird deutlich, dass er den Begriff Beschränkung vorliegend nicht im allgemeinen Sinne, sondern in Abgrenzung zur Diskriminierung versteht.²³² Dies geschieht obwohl die in Frage stehenden Regelungen, die an die Tatsache, dass der Fremdenführer mit einer Reisegruppe aus dem Ausland einreist, anknüpfen, in der Regel nur Fremdenführer betreffen, die eine andere Staatsangehörigkeit haben. Dadurch entsteht dieselbe Wirkung wie bei der Anknüpfung an das verbotene Differenzierungskriterium der Staatsangehörigkeit, sodass eigentlich von einer versteckten Diskriminierung und nicht nur von einer Beschränkung auszugehen gewesen wäre.

b) Rechtfertigungsebene

Eine Vielzahl der Entscheidungen im Tourismusbereich enthält interessante Aspekte auf Rechtfertigungsebene.

²²⁸ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 34.

²²⁹ EuGH, Rs. C-55/98, Slg. 1999, I-7657, 7665, Tz. 19 – Vestergaard.

²³⁰ Vgl. das Vorbringen der griechischen Regierung in EuGH, Rs. 198/89, Slg. 1991, S. 735, Tz. 21 – KOM/Griechenland und das Vorbringen der französischen Regierung in EuGH, Rs. 154/89, Slg. 1991, S. 682, Tz. 16 – KOM/Frankreich.

²³¹ Vgl. EuGH, Rs. 198/89, Slg. 1991, S. 735, Tz. 21ff. – KOM/Griechenland.

²³² EuGH, Rs. 180/89, Slg. 1991, S. 718, Tz. 15 – KOM/Italien.

aa) **Ciola (1999)**

Dem Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. *Ciola* lag ein österreichischer Verwaltungsbescheid zugrunde, nach dem die Vermietung von Bootsliegplätzen am Bodensee an Personen mit Wohnsitz im Ausland kontingentiert wurde.²³³

aaa) **Erweiterter Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit**

Zum Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit führen sowohl der Gerichtshof als auch Generalanwalt *Mischo* mit Verweis auf vorangegangene Rechtsprechung aus, dass sich Unternehmen auch gegenüber dem Staat in dem sie selbst ihren Sitz haben auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können, sofern sie Leistungen an Personen aus anderen Mitgliedstaaten erbringen.²³⁴ Der Schutz auch gegenüber Regelungen des eigenen Staates bewegt sich innerhalb des Wortlauts von Art. 56 S. 1 AEUV, da es ausreichend ist, wenn Leistungsempfänger und Leistungserbringer in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig sind.

Des Weiteren weist der EuGH darauf hin, dass der freie Dienstleistungsverkehr die Freiheit der Leistungsempfänger beinhaltet, sich, ohne durch Beschränkungen daran gehindert zu werden, zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben.²³⁵ In der Rs. *Ciola* liegt somit eine Kombination aus der Berufung eines einzelnen Bürgers gegenüber seinem eigenen Staat auf die Dienstleistungsfreiheit mit der passiven Dienstleistungsfreiheit eines Empfängers vor. In der Urteilsbegründung des EuGH wird jedoch nicht deutlich, welche Verletzung der Dienstleistungsfreiheit für die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs im konkreten Fall entscheidend ist. Vielmehr stellt er für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit sowohl auf die Beschränkung des Leistungserbringers als auch des Leistungsempfängers ab.²³⁶ Bei der Feststellung der Schwere des Eingriffs und dem sich daraus ergebenden Rechtfertigungsmaßstab bezieht sich der EuGH jedoch nur noch auf den Leistungsempfänger und somit die passive Dienstleistungsfreiheit.²³⁷ So hat der EuGH vorliegend eine versteckte Diskriminierung

²³³ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530 – *Ciola*.

²³⁴ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 11 – *Ciola* mit Verweis auf EuGH, Rs. C-70/95, Slg. 1997, I-3395, Tz. 37 – *Sodemare*; Generalanwalt *Mischo*, Schlussantrag, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 11 – *Ciola*; EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Tz. 30 – *Alpine Investments*. Die Verweisung des Generalanwalts auf die Rs. C-384/94 ist allerdings nicht passend, da in jenem Fall ein Dienstleistungserbringer sich gegenüber seinem eigenen Mitgliedstaat auf eine Regelung berufen hat, die für eine Dienstleistung galt, welche bei ihrer Erbringung die Grenze überschreitet (Korrespondenzdienstleistung). Vorliegend überschreitet jedoch nicht die Dienstleistung die Grenze, sondern nur der Dienstleistungsempfänger.

²³⁵ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 11 – *Ciola*.

²³⁶ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 11 – *Ciola*.

²³⁷ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 14 – *Ciola*.

der Dienstleistungsempfänger festgestellt.²³⁸ Da die Dienstleistungsfreiheit nicht nur Diskriminierungs-, sondern auch Beschränkungsverbot ist, müsste sich in Gedankenfortführung der Rs. *Ciola* ein Inländer gegenüber seinem eigenen Mitgliedstaat auf die Dienstleistungsfreiheit auch dann berufen können, wenn lediglich eine Beschränkung derselben vorläge und nicht bereits eine mittelbare Diskriminierung wie im Fall *Ciola*. Die Dienstleistung müsste lediglich (auch) gegenüber Angehörigen anderer Mitgliedstaaten erbracht werden, die für die Empfangnahme der Dienstleistung die Grenze überschreiten. Dies würde letztlich zu einer weiten Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit im nationalen Recht und zu einer großzügigen Überprüfbarkeit nationalen Rechts anhand der Grundfreiheit führen.

Der Schutz der Dienstleistungsfreiheit auch gegenüber Regelungen des eigenen Staates entfernt die Grundfreiheit von ihrer ursprünglichen Funktion der Entschärfung föderaler Gefährdungslagen, in denen jeder Mitgliedstaat versucht, den Wettbewerb durch Bevorzugung seiner Angehörigen zu beeinflussen.²³⁹ Da die Dienstleistungsfreiheit nunmehr auch gegenüber dem eigenen Staat zur Anwendung kommt, wird die Funktion der Grundfreiheit von einem Abwehrrecht gegenüber anderen Staaten auf eine Abwehrmöglichkeit gegenüber den Maßnahmen des eigenen Staates – ähnlich einem nationalen Grundrecht – erweitert. Auch die europäischen Grundrechte gewinnen dadurch an Bedeutung, da sie als Schranken-Schranke die Rechtfertigungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten beschränken.

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht nur Personenfreiheit, sondern auch Produktfreiheit ist. Deshalb kann ein Vergleich zur anderen Produktfreiheit des Vertrages, der Warenverkehrsfreiheit, gezogen werden.²⁴⁰ Überträgt man den vorliegenden Sachverhalt auf die Warenverkehrsfreiheit, würde sich ein Verkäufer gegen Regelungen des eigenen Staates, die ihn beim Verkauf von Produkten im Inland (auch) an Angehörige anderer Mitgliedstaaten beschränken auf die Warenverkehrsfreiheit berufen. Für die Warenverkehrsfreiheit wird vorgeschlagen, dass sich der Verkäufer nur dann auf diese berufen kann, wenn die in Frage stehende nationale Regelung zusätzlich an

²³⁸ Man könnte meinen, dass der EuGH aus Sicht von Herrn *Ciola* die aktive Dienstleistungsfreiheit hätte anwenden müssen und sich nicht für die Beurteilung des Falles auf die Diskriminierung der passiven Dienstleistungsempfänger hätte abstellen dürfen, dann läge wohl nur eine Beschränkung vor. Da der Rechtssache jedoch ein Vorabentscheidungsverfahren zugrunde lag und somit nicht nur aus der Sicht einer bestimmten, in den Sachverhalt involvierten, Person die Rechtslage zu untersuchen ist, sondern objektiv auf die Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit dem Vertrag abzustellen ist, war der Gerichtshof dazu verpflichtet, die nationale Regelung im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf alle am Sachverhalt Beteiligten zu untersuchen. Die Grundfreiheiten wirken hier nicht nur als subjektives Recht, sondern zur Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung.

²³⁹ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 27; *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 719.

²⁴⁰ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 50. Bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit hingegen, wird die Situation in der sich jemand gegenüber seinem eigenen Staat auf die jeweilige Freiheit beruft, als reiner Inlandssachverhalt gewertet, es sei denn, es liegt ein Auswanderungs- oder ein Rückkehrerfall vor.

den Grenzübertritt des Käufers als verbotenes Differenzierungskriterium anknüpft.²⁴¹ Übertragen auf die Dienstleistungsfreiheit müsste die Behinderung an den Grenzübertritt des Dienstleistungsempfängers anknüpfen. Bei der in der Rs. *Ciola* untersuchten Regelung knüpft die mittelbare Diskriminierung an den Grenzübertritt an, fraglich ist diese Anknüpfung jedoch, wenn eine bloße Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegt.

bbb) Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen

Insbesondere auf Rechtfertigungsebene weist die Entscheidung *Ciola* Besonderheiten auf. Der EuGH hat vorliegend in dem Wohnsitzerfordernis eine versteckte Diskriminierung gesehen, ohne sich genauer damit auseinanderzusetzen, ob die Regelung Angehörige anderer Mitgliedstaaten typischerweise oder hauptsächlich betrifft.²⁴² Eine genauere Betrachtung wäre bei der Anknüpfung an das „neutrale“ Differenzierungskriterium des Wohnsitzes jedoch angebracht gewesen, da nur dann eine versteckte Diskriminierung vorliegt, wenn die Anknüpfung sich wie eine Anknüpfung an das verbotene Differenzierungskriterium der Staatsangehörigkeit auswirkt.²⁴³ Da vorliegend jedoch alle Personen mit einem Wohnsitz außerhalb Österreichs und nicht nur außerhalb des Bundeslandes Vorarlberg, welches den Bodensee umgibt, benachteiligt werden, sind von der Regelung hauptsächlich Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten betroffen, sodass im Ergebnis eine versteckte Diskriminierung tatsächlich vorlag.²⁴⁴

Hinsichtlich der Rechtfertigung der versteckten Diskriminierung führt der Gerichtshof aus, dass innerstaatliche Vorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Empfängers anwendbar und somit diskriminierend sind, sich mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren lassen, wenn sie unter eine ausdrückliche Ausnahme fallen.²⁴⁵ Damit urteilt der EuGH mit bemerkenswerter Klarheit, dass versteckte Diskriminierungen nur an geschriebenen Rechtfertigungsgründen zu messen seien. Dies steht im Widerspruch zu einer zuvor eingeschlagenen Rechtsprechungslinie, nach welcher versteckte Diskriminierungen auch durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe – also durch anerkannte staatliche Allgemeininteressen – gerechtfertigt werden können.²⁴⁶ Österreich hatte die Beschränkung der Bootsliegeplätze damit begründet,

²⁴¹ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 140ff.

²⁴² EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 14 – *Ciola*, der EuGH verweist lediglich auf Urteil in Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2537, Tz. 29 – *Clean Car Autoservice*.

²⁴³ Siehe dazu noch die Ausführungen zu den Museumsfällen Kapitel 3, B., I., 2., d).

²⁴⁴ Vgl. *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, S. 83, Rn. 83.

²⁴⁵ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 16 – *Ciola*.

²⁴⁶ EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1935, Tz. 41 – *Kohll*; EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2537, Tz. 31 – *Clean Car Autoservice*; EuGH, Rs. C-55/98, Slg. 1999, I-7657, Tz. 22ff. – *Vestergaard*; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 404; *Roth*, Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses, WRP 2000, S. 979, 981;

dass der Zugang zu den Liegeplätzen ortsansässigen Bootseigentümern, vorzubehalten sei, da die Liegeplätze sonst von Personen mit Wohnsitz in anderen Mitgliedstaaten, die zur Zahlung höherer Mieten bereit wären, belegt würden. Da die Gesamtzahl der verfügbaren Liegeplätze aus Gründen des Umweltschutzes begrenzt sei, würde eine Aufhebung der Kontingentierung den Druck auf die Behörden erhöhen, die Umweltschutzvorschriften zu lockern.²⁴⁷ In der Rs. *Konle*, die vom EuGH einen Monat nach der Rs. *Ciola* entschieden wurde, hat der Gerichtshof eine vergleichbare Argumentation für die Beschränkung von Zweitwohnsitzen als Rechtfertigung anerkannt. Die Erhaltung einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung und einer in einigen Gebieten vom Tourismus unabhängigen Wirtschaftstätigkeit sei ein im Allgemeininteresse liegendes raumplanerisches Ziel.²⁴⁸ Dementsprechend könnte auch das Ziel, der Bevölkerung vor Ort eine angemessene Teilhabe an den Freizeitmöglichkeiten zu sichern und ihre Verdrängung durch zahlungskräftigere Ortsfremde zu verhindern, ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel sein.²⁴⁹ Insbesondere das hinter der Begrenzung stehende Argument des Umweltschutzes dürfte dem Allgemeininteresse entsprechen. Selbstverständlich müsste dabei auf eine diskriminierungsfreie Verfolgung dieser Ziele geachtet werden.²⁵⁰ Der EuGH schließt jedoch nicht nur eine Rechtfertigung über solche im Allgemeininteresse liegenden Gründe pauschal aus, sondern qualifiziert die von der österreichischen Regierung vorgebrachten Rechtfertigungen ohne nähere Begründung als wirtschaftliche Ziele.²⁵¹ Er verkennt dabei, dass soziale, kulturelle und umweltpolitische Erwägungen fast immer auch einen wirtschaftlichen Bezugspunkt haben.²⁵² Unabhängig davon, ob die österreichische Maßnahme im Ergebnis zu rechtfertigen gewesen wäre, hätte der EuGH in den Entscheidungsgründen eine Rechtfertigung der Maßnahme zumindest anhand von ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe prüfen müssen und die von Österreich vorgebrachten Argumente nicht pauschal als wirtschaftliche Gründe abtun dürfen.

Nowak/Schnitzler, Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 627, 628.

²⁴⁷ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 15 – *Ciola*.

²⁴⁸ EuGH, Rs. C-02/97, Slg. 1999, I- 3122, Tz. 40 – *Konle*; *Gundel*, Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische, EuR 1999, S. 781, 784.

²⁴⁹ Vgl. auch *Gundel*, Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische, EuR 1999, S. 781, 785.

²⁵⁰ Vorliegend müsste aufgrund der Ausgestaltung mit der Anknüpfung an einen Wohnsitz im In- oder Ausland statt der Anknüpfung an einen Wohnsitz in der räumlichen Nähe der Bootsliegeplätze eine diskriminierende Wirkung wohl bejaht werden, vgl. *Streinz*, Anmerkung zu *Ciola*, JuS 1999, S. 1222.

²⁵¹ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 16 – *Ciola*.

²⁵² Siehe auch die Ausführungen zu den Museumsfällen, insbesondere *Dogenpalast*, Kapitel 3, B., I., 2., d), bb); ansatzweise auch *Hatzopoulos*, Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services, CMLRev. 37 (2000), S. 43, 76.

ccc) Fazit

Festzuhalten bleibt, dass in der Rs. *Ciola* durch die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit auf Maßnahmen des eigenen Mitgliedstaates ein erhebliches Erweiterungspotential der Dienstleistungsfreiheit entsteht. Dieses kann eingegrenzt werden, indem Inländern gegenüber ihrem eigenen Staat nur dann eine Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit möglich ist, wenn der Staat an ein verbotenes Differenzierungskriterium, wie der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz oder der Grenzüberschreitung, anknüpft. Außerdem macht der EuGH versteckte Diskriminierungen nur einer Rechtfertigung durch geschriebene Rechtfertigungsgründe zugänglich und weicht somit von seiner bisherigen Rechtsprechung zum Nachteil der Mitgliedstaaten ab.

bb) Ambry (1998)

Das Urteil in der Rs. *Ambry* ist eines der wenigen Urteile, in denen der Bezug der Grundfreiheiten zur Tourismusbranche nicht auf den einzelnen Touristen, sondern auf den Reiseveranstalter zurückgeht. Diesem Vorabentscheidungsverfahren lag eine französische Norm zugrunde, die in Umsetzung des Art. 7 der Pauschalreiserichtlinie²⁵³ vorsieht, dass die Sicherheitsrücklagen des Reiseveranstalters in Form einer Bürgschaftserklärung, von einem Kreditinstitut mit Sitz in Frankreich bereitgestellt werden oder andernfalls eine weitere Sicherheitsabrede zwischen Sicherungsgeber und einer in Frankreich ansässigen Bank bestehen muss. Eine solche Regelung beschränkt laut EuGH den freien Dienstleistungsverkehr und könne nicht über den im allgemeinen Interesse liegenden Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden. Die prompte Auszahlung der Sicherheiten sei zwar ein legitimes Ziel, die Zwischenschaltung eines inländischen Finanzinstituts sei dafür jedoch nicht erforderlich, weil schnelle Zahlungstransfers zwischen den Mitgliedstaaten bereits möglich seien.²⁵⁴

Neben der Tatsache, dass auch in diesem Urteil – entgegen der Vorgehensweise in der Rs. *Ciola* – eine versteckte Diskriminierung an einem vertraglich nicht geregelten Rechtfertigungsgrund gemessen wurde²⁵⁵, ist dieses Urteil aufgrund des besonderen Zusammenspiels von positiver und negativer Integration bemerkenswert. Die Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit – ein Element der negativen Integration – begrenzt vorliegend die

²⁵³ Art. 7 der RL 90/314/EWG über Pauschalreisen (ABl. EU Nr. L 158, S. 59) lautet: „Der Veranstalter und/oder Vermittler, der Vertragspartei ist, weist nach, dass im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses die Erstattung gezahlter Beträge und die Rückreise des Verbrauchers sichergestellt sind.“ Aus Art. 8 der RL ergibt sich, dass dies eine Mindestverpflichtung darstellt und die Mitgliedstaaten strengere Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers aufstellen können.

²⁵⁴ EuGH, Rs. C-410/96, Slg. 1998, I-7889, Tz. 31ff. – *Ambry*.

²⁵⁵ Vgl. auch *Nowak/Schnitzler*, Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 627, 630.

Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie, welche Bestandteil der positiven Integration ist. Allerdings kommt die Grundfreiheit in diesem Fall erst zum Einsatz, wenn der Mitgliedstaat strengere Regelungen aufstellt als in der Richtlinie vorgesehen. Diese strengeren Regelungen sind zwar zulässig, dürfen ihrerseits jedoch nicht diskriminierend oder beschränkend sein. Mithin haben die Elemente der negativen Integration auch in Bereichen, in denen positive Integration stattgefunden hat, weiter Einfluss auf den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten.

cc) Presidente del Consiglio dei Ministri (2008)

In diesem Vorabentscheidungsverfahren ging es um die Vereinbarkeit regionaler Steuervorschriften mit der Dienstleistungsfreiheit. Eine Steuer auf zu touristischen Zwecken durchgeführte Landungen von zum privaten Personentransport bestimmten Luftfahrzeugen und von Freizeitbooten, wurde nur von Betreibern mit Sitz außerhalb der Region erhoben.²⁵⁶ Der EuGH bejaht eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und bezog in seine Erwägungen sowohl die aktive als auch die passive Dienstleistungsfreiheit ein.²⁵⁷ Anschließend verneinte er eine Rechtfertigung anhand der den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses unterliegenden ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe, wie Umweltschutz und Kohärenz des Steuersystems, da die Regelung zur Verfolgung dieser Ziele nicht geeignet sei.²⁵⁸ Mittels dieser Entscheidung nimmt der EuGH durch die Anwendung der Grundfreiheiten Einfluss auf das Steuerrecht, welches traditionell ein Kernbereich nationalen Rechts ist.

c) Von der passiven Dienstleistungsfreiheit zur Freizügigkeit und der Lösung vom Wirtschaftsbezug

Die in diesem Abschnitt dargestellten Urteile aus dem Tourismusbereich haben einen Bezug zu Freizügigkeitsrechten, die den Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht aufgrund einer wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern aufgrund ihres Status als Unionsbürger zustehen. Zunächst dominierte in den Begründungen des EuGH noch eine wirtschaftliche Argumentation über die passive Dienstleistungsfreiheit. Nach der Verankerung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht bezog der EuGH sich auch auf die in der Unionsbürgerschaft verbrieften Rechte. Häufig kommen die beiden Freizügigkeitsrechte allerdings nicht direkt zur Anwendung, sondern werden zur Eröffnung des Anwen-

²⁵⁶ EuGH, Rs. C-169/08, Slg. 2009, I-10821 – Presidente del Consiglio dei Ministri.

²⁵⁷ EuGH, Rs. C-169/08, Slg. 2009, I-10821, Tz. 23ff. – Presidente del Consiglio dei Ministri.

²⁵⁸ EuGH, Rs. C-169/08, Slg. 2009, I-10821, Tz. 40ff./46ff. – Presidente del Consiglio dei Ministri.

dungsbereichs des Vertrages im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots herangezogen.

aa) Cowan (1989)

Dem Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. *Cowan* lag ein Streit über die Entschädigung eines britischen Touristen zugrunde, der in Paris ausgeraubt und dabei verletzt wurde. Die Straftäter konnten nicht gefasst werden. Nach dem französischen Strafprozessrecht konnten Opfer einer unaufgeklärten Straftat Entschädigungen aus öffentlichen Mitteln verlangen, wenn sie französische Staatsangehörige oder Inhaber einer Fremdenkarte sind.²⁵⁹ Im Zuge des nationalen Gerichtsverfahrens legte das französische Gericht dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot vor. Schon der zuständige Generalanwalt *Lenz* erkannte, dass dieser Fall grundsätzliche Fragen zur Systematik der Dienstleistungsfreiheit und den daraus fließenden Rechten aufwirft.²⁶⁰

aaa) Verselbstständigung der freizügigkeitsrechtlichen Aspekte der Dienstleistungsfreiheit

Um im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots, welches nach Art. 18 AEUV nur im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts gilt, eben diesen Anwendungsbereich zu eröffnen, hat der EuGH auf die passive Dienstleistungsfreiheit²⁶¹ zurückgegriffen.²⁶² Zuvor betont er jedoch – ohne Erwähnung einer Grundfreiheit –, dass das Gemeinschaftsrecht einer natürlichen Person die Freiheit garantiere, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und dass zwingende Folge dieser Freizügigkeitsgarantie sei, dass Leib und Leben der Person in dem betreffenden Mitgliedstaat in gleicher Weise geschützt sind, wie dies bei den eigenen Staatsangehörigen und bei den in diesem Staat wohnhaften

²⁵⁹ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 216 – *Cowan*; vgl. auch Anmerkung von *Hackspiel*, Opferentschädigung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1989, S. 2183.

²⁶⁰ Generalanwalt *Lenz*, Schlussantrag, Rs. 186/87, Slg. 1988, 203, Tz. 1 – *Cowan*.

²⁶¹ Das Urteil darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Entgegennahme der staatlichen Entschädigungszahlung als Dienstleistung zu interpretieren ist, so aber *McDonald*, Der Begriff der Dienstleistung im europäischen Binnenmarkt und WTO-System (GATS), S. 35, Fn. 55. Vielmehr ist auf den konsumbedingten Empfang von Dienstleistungen während der Urlaubsreise abzustellen, vgl. Generalanwalt *Lenz*, Schlussantrag, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 203, Tz. 35 – *Cowan*; zur passiven Dienstleistungsfreiheit siehe *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 83; *Hackspiel*, Opferentschädigung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1989, S. 2166, 2170.

²⁶² Abschließendes Sekundärrecht, welches dem allgemeinen Diskriminierungsverbot vorgeht, existierte vorliegend nicht. Generalanwalt *Lenz* bezieht sich in seinem Schlussantrag auf das Sekundärrecht lediglich hinsichtlich der schutzfähigen Position des Aufenthaltsrechts eines Dienstleistungsempfängers, jedoch nicht hinsichtlich der Diskriminierungsverbote in diesem Aufenthaltsrecht, Schlussantrag, Rs. 186/87, Slg. 1988, S. 203, Tz. 14ff. – *Cowan* mit Verweis auf die RL 73/148/EWG zur Aufhebung der Einreise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs.

Personen der Fall ist.²⁶³ Dadurch erkennt der EuGH – ohne dass ein solches allgemeines Freizügigkeitsrecht im Vertrag zu diesem Zeitpunkt explizit verankert gewesen wäre²⁶⁴ – ein Freizügigkeitsrecht für natürliche Personen unabhängig von den mit den Grundfreiheiten direkt verknüpften Freizügigkeitsrechten an. Danach wendet er – sozusagen als konkretes Praxisbeispiel – die Freizügigkeit auf die Entgegennahme von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat an und eröffnet darüber den Anwendungsbereich des Vertrages im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes. Diese Rechtsprechung weitet die passive Dienstleistungsfreiheit zu einem allgemeinen Freizügigkeitsrecht aus.²⁶⁵ Insbesondere ist aufgrund des Schwerpunkts der Prüfung im allgemeinen Diskriminierungsverbot statt in der Dienstleistungsfreiheit das Freizügigkeitsrecht nur noch sehr lose mit einer konkreten Marktteilnahme verbunden.²⁶⁶ Diese auch als „funktionaler Ansatz“ bezeichnete Vorgehensweise nutzt das allgemeine Diskriminierungsverbot als „akzessorische Freiheitssicherung“ zur Vervollständigung der unionsrechtlich gewährten Grundfreiheiten.²⁶⁷ Die französische Regierung hatte argumentiert, dass ein Dienstleistungsempfänger sich nicht auf das allgemeine Diskriminierungsverbot berufen könne, wenn die nationale Regelung keinerlei Behinderung seiner Freizügigkeit verursache. Tatsächlich dürfte die Verminderung des Anreizes für ausländische Touristen eine Reise nach Frankreich zu unternehmen aufgrund der Verweigerung der Opferentschädigung bei unaufgeklärten Straftaten äußerst fraglich sein.²⁶⁸ Der EuGH hingegen sah die Freizügigkeit für betroffen, da ein gegenüber dem Inländer niedrigeres Schutzniveau für Leib und Leben, den Angehörigen eines anderen europäischen Staates davon abhalten könnte, von seiner Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Somit hält er vorliegend die (entfernt) mögliche Beschränkung des aus der passiven Dienstleistungsfreiheit folgenden Freizügigkeitsrechts für ausreichend, stellt

²⁶³ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 216, Tz. 17 – Cowan; ein primärrechtlich verankertes Freizügigkeitsrecht, wie es heute in Art. 21 AEUV zu finden ist, gab es zum Zeitpunkt der Urteils noch nicht.

²⁶⁴ Das allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV wurde erst mit der Vertragsänderung von Maastricht eingeführt. Dies verkennt *Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 197, 204; Freizügigkeitsrechte bestanden im EG-Vertrag lediglich für aktive Marktbürger bspw. für Arbeitnehmer, für Niederlassungen und für Dienstleistungserbringer; darüber hinaus gab es im Sekundärrecht Regelungen zur Freizügigkeit von Dienstleistungsempfängern, vgl. RL 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs.

²⁶⁵ *Schütz/Bruhal/König*, Casebook Europarecht, § 11, S. 727.

²⁶⁶ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 754; *Novak*, Anmerkung zum Urteil Bickel und Franz, EuZW 1999, S. 84, 85; *Bulterman*, Anmerkung zu Bickel und Franz, CMLRev. 36 (1999), S. 1325, 1329; in dem Urteil *Luisi und Carbone* hingegen war das Zugangs- und Aufenthaltsrecht noch direkt an die Dienstleistungsfreiheit gekoppelt.

²⁶⁷ *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 171; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV/EUV, Art. 18 AEUV, Rn. 42; *Epiney*, Der „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV, in: Epiney/Haag/Heinemann, Die Herausforderung von Grenzen, S. 661, 672.

²⁶⁸ Vgl. *Caporaso/Tarrow*, Polanyi in Brussels: European Institutions and the Embedding of Markets in Society, S. 30; *Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV, in: Epiney/Haag/Heinemann, Die Herausforderung von Grenzen, S. 661, 665.

gleichzeitig jedoch keine allgemeinen Kriterien auf, wie eng der Bezug zur Dienstleistungsfreiheit sein muss, um den Anwendungsbereich des Vertrag im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes zu eröffnen.

Außerdem brachte die französische Regierung zur Verteidigung der Regelung vor, dass die Entschädigungsregelung eine engere Verbindung zu dem Staat voraussetze als sie durch die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit in dem Staat entstehe.²⁶⁹ Der EuGH hielt dagegen, dass die Finanzierung der Entschädigung aus dem Staatshaushalt nichts an dem Anspruch des Dienstleistungsempfängers auf Gleichbehandlung mit Angehörigen des Mitgliedstaates und in dem Mitgliedstaat wohnhaften Personen ändere.²⁷⁰ Das System der Opferentschädigung sei nämlich nicht als Sozialleistung des Staates, sondern als Teil der Staatsaufgabe des Schutzes vor Straftaten zu verstehen, die nicht auf eigene Staatsangehörige beschränkt sei.²⁷¹ Die staatlich gebotene Solidarität wird mithin auf eine mit dem Aufnahmestaat nur sehr schwach verbundene Personengruppe erstreckt.²⁷²

bbb) Verhältnis des allgemeinen Diskriminierungsverbot zur Dienstleistungsfreiheit

Die Grundfreiheiten haben für das allgemeine Diskriminierungsverbot eine doppelte Bedeutung: Einerseits indizieren sie den Anwendungsbereich der Verträge, andererseits schränken sie den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV ein, sofern sie eine besondere Bestimmung für den Regelungsbereich darstellen.²⁷³ Es ist auffallend, dass der EuGH zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages auf die (passive) Dienstleistungsfreiheit zurückgreift, sich in der Prüfung der Diskriminierung jedoch auf das allgemeine Diskriminierungsverbot stützt, obwohl dieses zur Dienstleistungsfreiheit subsidiär ist. Die Verknüpfung zur Empfangnahme einer Dienstleistung, welche für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages ausreichend ist, müsste ja auch für eine materielle Prüfung der Dienstleistungsfreiheit ausreichend sein.²⁷⁴ Begründen ließe sich die Prüfung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes mit der Vorlagefrage, die explizit nach der Auslegung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes fragt.²⁷⁵ Allerdings kann der EuGH eine

²⁶⁹ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 216, Tz. 16 – Cowan.

²⁷⁰ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 216, Tz. 17 – Cowan.

²⁷¹ Vgl. *Davies*, „Any Place I hang my hat?“ or: Residence ist the new Nationality, *European Law Journal* 2005, S. 43, 53.

²⁷² *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 79.

²⁷³ *von Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn. 56; *Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, *EuR* 2000, S. 197, 205; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 75.

²⁷⁴ Vgl. in die Richtung *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 960.

²⁷⁵ Vgl. den Wortlaut der Vorlage bei Generalanwalt *Lenz*, Schlussantrag, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 203, Tz. 4 – Cowan.

Umdeutung der Vorlagefrage vornehmen.²⁷⁶ Dies hätte es ihm gestattet, die Vorlagefrage so auszulegen, dass er seinem Urteil statt des allgemeinen Diskriminierungsverbots das speziellere Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsfreiheit zugrunde legt. Zum Teil wird die Prüfung des allgemeinen Diskriminierungsverbots statt der Grundfreiheit auch darauf zurückgeführt, dass eine Gemengelage zwischen Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit vorgelegen habe und der EuGH, da eine Aufspaltung des Handelns des Touristen in die eine oder andere Grundfreiheit nicht möglich sei, auf das allgemeinere Diskriminierungsverbot zurückgegriffen habe.²⁷⁷ Andere erklären die Prüfung des allgemeinen Diskriminierungsverbots damit, dass die Entschädigungsregelung nicht die Entgegennahme der Dienstleistung selbst betreffe, sondern nur eine Rahmenbedingungen für den Aufenthalt des Dienstleistungsempfängers sei.²⁷⁸ Es bestehe zwar ein untrennbarer Zusammenhang zur Dienstleistungsfreiheit, eine Beschränkung selbiger läge jedoch nicht vor.²⁷⁹ Unabhängig davon, ob der EuGH seiner Entscheidung statt des allgemeinen Diskriminierungsverbotes die Dienstleistungsfreiheit hätte zugrunde legen sollen, ist darauf hinzuweisen, dass in anderen Fälle, wie beispielsweise der Rs. *Carpenter*, eine Beeinträchtigung der Rahmenbedingungen der Dienstleistungsfreiheit bereits ausgereicht hat, um den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit, die gegenüber dem allgemeinen Diskriminierungsverbot Vorrang genießt, zu eröffnen.²⁸⁰ Eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts und Berechenbarkeit der Auslegungsergebnisse des EuGH lässt dieses Vorgehen mithin vermissen.

ccc) Auswirkung des Urteils auf die Kompetenzverteilung

Die französische Regierung argumentierte, dass die Entschädigungsregelung dem Strafrecht zuzurechnen sei, welches nicht in den Anwendungsbereich der Verträge falle. Folglich sei auch das allgemeine Diskriminierungsverbot nicht anwendbar.²⁸¹ Darüber hinaus bestehe ein unverkennbarer Bezug zur Sozialpolitik, da die Opferentschädigung einer Staatshaftungsklausel ähnele.²⁸² In der Literatur wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass jemand, der sich in einer durch das Gemeinschaftsrecht geregelte Situation befinde, sich nicht automatisch auf das Diskriminierungsverbot berufen könne. Vielmehr müsse die

²⁷⁶ Pechstein, EU-Prozessrecht, Rn. 849.

²⁷⁷ Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Auflage, Art. 12 EGV, Rn. 19.

²⁷⁸ Völker, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 83; Schütz/Bruha/König, Casebook Europarecht, § 11, S. 727; dies stellt einen Unterschied zu den Museumsfällen da, in denen beide Freiheiten parallel angewendet wurde und die Diskriminierung die Dienstleistungsbeziehung konkret betroffen haben.

²⁷⁹ Epiney, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV, in: Epiney/Haag/Heinemann, Die Herausforderung von Grenzen, S. 661, 664.

²⁸⁰ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 29 – Carpenter.

²⁸¹ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 216, Tz. 19 – Cowan.

²⁸² Schulz, Freizügigkeit für Unionsbürger, S. 262.

nationale Regelung, um deren Anwendung es geht, dem Geltungsbereich des Vertrages angehören.²⁸³ Der EuGH bestätigte in seinem Urteil zwar, dass die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für die genannten Rechtsbereiche haben. Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts reiche jedoch eine gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation aus. Liege diese vor, seien das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten auch für die Rechtsbereiche anwendbar, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen.²⁸⁴ Die gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation basiert vorliegend auf der Verbindung zum mit der passiven Dienstleistungsfreiheit zusammengehörigen Freizügigkeitsrecht, obwohl der Bezug des Sachverhalts zur Dienstleistungsfreiheit äußerst gering ist.

ddd) Fazit

Im Ergebnis wird vorliegend die Dienstleistungsfreiheit stark ausgeweitet und durch die Bejahung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes werden Rechte gewährt, die nicht mehr primär mit einer wirtschaftlichen Aktivität zusammenhängen, sondern dem sozialen Bereich der Bürgerrechte zuzuordnen sind.²⁸⁵

bb) Bickel und Franz (1998)

Der Rs. *Bickel und Franz* lag eine Regelung zugrunde, nach der die Benutzung der deutschen Sprache vor italienischen Gerichten in Südtirol in Südtirol wohnhaften Angehörigen der deutschen Volksgruppe vorbehalten war.²⁸⁶ Der deutsche Tourist Franz stand im Südtirol wegen unerlaubten Waffenbesitzes vor Gericht und beantragte, dass der Gerichtsprozess auf Deutsch geführt wird. Das italienische Gericht legte daraufhin dem EuGH die Frage vor, ob die nationale Regelung, die den Anspruch auf ein Strafverfahren in einer anderen als der Hauptsprache des betreffenden Staates, mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot, dem Recht auf Freizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit im Einklang stehen muss.²⁸⁷ Der EuGH hat diese Vorlagefrage darauf reduziert, ob eine solche Regelung in den Anwendungsbereich des Vertrages fällt und mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot vereinbar sein muss.²⁸⁸ Dies bejaht er im Ergebnis und nimmt dabei zur Herleitung einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation im Rahmen des allgemeinen

²⁸³ *Hackspiel*, Opferentschädigungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1989, S. 2166.

²⁸⁴ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 216, Tz. 19 – Cowan.

²⁸⁵ Vgl. auch *Reich/Harbacevica*, Citizenship and family on trial, CMLRev. 40 (2003), S. 615.

²⁸⁶ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650 – Bickel und Franz.

²⁸⁷ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 11 – Bickel und Franz.

²⁸⁸ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 12 – Bickel und Franz.

Diskriminierungsverbotes in abstrakter Weise auf die passive Dienstleistungsfreiheit Bezug. Dabei nimmt der Gerichtshof an, dass bereits die Möglichkeit, in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen in Empfang zu nehmen, den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffne.²⁸⁹ Nachfolgend zieht der Gerichtshof jedoch im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages ebenso das mit der Unionsbürgerschaft verknüpfte Recht der allgemeinen Freizügigkeit heran.²⁹⁰ Aus ihm leitet der Gerichtshof das Recht des Angeklagten zum Gebrauch der deutschen Sprache vor den Gerichten ab. Die Möglichkeit, mit Gerichten in einer bestimmten Sprache zu kommunizieren sei geeignet, die Ausübung der Freiheit, sich in einem anderen Mitgliedstaat zu bewegen und aufzuhalten, zu erleichtern.²⁹¹ Umgekehrt beschränke eine Versagung dieser Kommunikationsmöglichkeit die Freizügigkeit. Der EuGH deutet an, dass dem Angeklagten nicht nur die passive Dienstleistungsfreiheit zur Seite steht. Vielmehr schützt ihn auch sein Status als Unionsbürger, samt des allgemeinen Freizügigkeitsrechts vor Diskriminierungen in einem anderen Mitgliedstaat gegenüber den dortigen Staatsangehörigen.²⁹² Dies ist einer der ersten Fälle in denen der EuGH nahe legt, dass das Freizügigkeitsrecht ein unmittelbar anwendbares subjektives Recht ist.²⁹³ Eine explizite Entscheidung hierüber trifft er jedoch noch nicht.²⁹⁴

Stattdessen geht der Gerichtshof davon aus, dass auch die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Dienstleistung ausreicht, um den Anwendungsbereich des Vertrages über die Dienstleistungsfreiheit zu eröffnen. Dadurch wird die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages beim allgemeinen Diskriminierungsverbot über die passive Dienstleistungsfreiheit (in Fortführung der Rechtsprechung in der Rs. *Cowan*) weiter erleichtert.²⁹⁵

²⁸⁹ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 15 – Bickel und Franz.

²⁹⁰ Das allgemeine Freizügigkeitsrecht ist inzwischen durch den Vertrag von Maastricht eingeführt worden; EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 15ff. – Bickel und Franz; *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 95.

²⁹¹ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 16 – Bickel und Franz.

²⁹² Vgl. auch Generalanwalt *La Pergola*, Schlussantrag, Rs. C-85/96, Slg. 1997, I-2694, Tz. 23 – Sala zu einem ähnlich gelagerten Fall, der als Fortführung der Rechtsprechung in der Rs. *Cowan* betrachtet werden kann; *Bulterman*, Anmerkung zu Bickel und Franz, CMLRev. 36 (1999), S. 1325, 1334.

²⁹³ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 760ff.; *Novak*, Anmerkung zu Bickel und Franz, EuZW 1999, S. 84, 85; *Toggenburg*, Der EuGH und der Minderheitenschutz – Anmerkung zu Bickel und Franz, European Law Reporter 1999, S. 11, 13; Generalanwalt *Jacobs*, Schlussantrag, Slg. 1998, I-7639, Tz. 21ff. – Bickel und Franz geht wohl auch von einer unmittelbaren Anwendbarkeit aus; *Strunz*, Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union, S. 69, Fn. 248; *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?, EuR 2003, S. 1013, 1015.

²⁹⁴ *Hilpold*, Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 11, 21.

²⁹⁵ *Novak*, Anmerkung zu Bickel und Franz, EuZW 1999, S. 84, 85; *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 316; *Verhoeven*, The EU in Search of a Democratic and Constitutional Theory, S. 181.

Aufgrund dieser Zweigleisigkeit in der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages wird das Urteil zum Teil als Anfang eines behutsamen Abschieds von der früheren Ausdehnung des Art. 49 EGV zur nahezu grenzenlosen Reise- und Touristenfreiheit gewertet.²⁹⁶ Denn in Zukunft sollte für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts in vergleichbaren Sachverhalten ein Rückgriff auf die Dienstleistungsfreiheit nicht mehr erforderlich sein. Stattdessen eröffnet das in der Unionsbürgerschaft enthaltene Freizügigkeitsrecht den Anwendungsbereich des Unionsrechts im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots.²⁹⁷ Nach anderer zustimmungswürdiger Ansicht wird die Tendenz zur Ausweitung der passiven Dienstleistungsfreiheit durch diese Entscheidung weiter gestärkt.²⁹⁸ Dies ist darauf zurückzuführen, dass der EuGH in seiner Urteilsbegründung eine rein theoretische Möglichkeit der Empfangnahme einer Dienstleistung ausreichen lässt, um die passive Dienstleistungsfreiheit anzuwenden. Auf den Willen zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung kommt es danach nicht mehr an.²⁹⁹ Außerdem hält sich der EuGH durch die von ihm verfolgte Zweigleisigkeit für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages die Möglichkeit offen, in vergleichbaren Sachverhalten die passive Dienstleistungsfreiheit für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages heranzuziehen. Zwar werden die Urteile des EuGH in den Rs. *Sala* und *Grzelczyk* zum Teil so gelesen, dass der Gerichtshof bei der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes fortan allein auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht abstellt und auf einen akzessorischen Schutz über die passive Dienstleistungsfreiheit verzichtet.³⁰⁰ Allerdings geht der EuGH auch in der Rs. *Grzelczyk* auf die Grundfreiheiten für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages ein und nimmt dabei Bezug auf das Urteil *Bickel und Franz*.³⁰¹ Somit ist aus diesen Urteilen nicht die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der EuGH in vergleichbaren Sachverhalten grundsätzlich nicht mehr auf die passive Dienstleistungsfreiheit zurückgreifen wird.

Abschließend sei noch anzumerken, dass auch in dieser Rechtssache, ähnlich wie im Fall *Cowan*, das allgemeine Diskriminierungsverbot auf das Strafverfahrensrecht und folglich

²⁹⁶ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 764 mit Verweis auf Rn. 15 des Urteils; *Reich*, Bürgerrechte in der Europäischen Union, S. 427; *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 94.

²⁹⁷ Vgl. auch *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, § 14, Rn. 914; *Novak*, Anmerkung zu *Bickel und Franz*, EuZW 1999, S. 84, 85.

²⁹⁸ *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, § 11, S. 727; *Hilpold*, Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 11, 21ff.

²⁹⁹ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, 7655, Tz. 15 – *Bickel und Franz*; *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 320.

³⁰⁰ EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2708 – *Sala*; EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6299 – *Grzelczyk*; *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 312.

³⁰¹ EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6229, Tz. 33 – *Grzelczyk*.

auf einen Bereich, der grundsätzlich der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz unterliegt, angewendet wird.³⁰² Der Vollständigkeit halber sei auch erwähnt, dass der EuGH auf der Ebene des Eingriffs im vorliegenden Fall aufgrund der Anknüpfung an den Wohnsitz eine indirekte Diskriminierung annimmt. Diese unterzieht er einer Rechtfertigungsprüfung anhand objektiver von dem Kriterium der Staatsangehörigkeit unabhängiger und in einem angemessenen Verhältnis zum mit der nationalen Vorschrift verfolgten Zweck stehender Erwägungen.³⁰³

cc) Calfa (1999)

Das Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. *Calfa*³⁰⁴ basiert auf dem Fall einer italienischen Touristin, die in Griechenland wegen eines Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt wurde. Daraufhin wurde sie unter Hinweis auf eine nationale Regelung, nach der Ausländer, die in Griechenland gegen das Betäubungsmittelgesetz verstoßen, auf Lebensdauer ausgewiesen werden, des Landes verwiesen. Dem EuGH wurde die Frage vorgelegt, ob eine solche Regelung gegen die Unionsbürgerschaft, das Freizügigkeitsrecht, das allgemeine Gleichbehandlungsgebot, die Grundfreiheiten oder das Sekundärrecht³⁰⁵ verstoße. Im Ergebnis bejahte der EuGH einen Verstoß der Regelung gegen die genannten Grundfreiheiten.

aaa) Verhältnis zwischen allgemeinem und grundfreiheitlichem Freizügigkeitsrecht

Das Urteil enthält einen interessanten Hinweis auf das Verhältnis der unionsbürgerrechtlichen Freizügigkeit zur grundfreiheitlichen Freizügigkeit. Mit Verweis auf die Rs. *Cowan* argumentierte der EuGH, dass der Touristin Calfa die Freiheit zustehe, sich zur Entgegennahme einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaaten zu begeben, ohne durch Beschränkungen daran gehindert zu werden.³⁰⁶ Anschließend bestimmt er den Maßstab für die Zulässigkeit der nationalen Regelung nur anhand des vertraglich festgelegten Rahmens der Grundfreiheiten. Er hält sogar ausdrücklich fest, dass eine Untersuchung anhand der

³⁰² EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 17 – Bickel und Franz; *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, § 12, S. 785.

³⁰³ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 27 – Bickel und Franz.

³⁰⁴ EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21 – Calfa; siehe auch *Toggenburg/Hofstötter*, Ausweisung von EU-Bürgern nach einer Verurteilung im Strafverfahren, *European Law Reporter* 1999, S. 65ff.

³⁰⁵ RL 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. EU 1964, S. 850.

³⁰⁶ EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21, Tz. 16 – Calfa; so bereits auch Generalanwalt *La Pergola*, Schlussantrag, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-13, Tz. 3 – Calfa.

Unionsbürgerschaft und der mit ihr verbundenen Freizügigkeit nicht erforderlich sei.³⁰⁷ Daraus ist zu schließen, dass die allgemeine Freizügigkeit in der Dienstleistungsfreiheit eine besondere Ausprägung findet. In diesem Spezialitätsverhältnis ist das allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV nur anwendbar, wenn ein Unionsbürger die Freizügigkeit wahrnimmt, ohne wirtschaftlich tätig zu sein und somit die Dienstleistungsfreiheit nicht einschlägig ist.³⁰⁸

Teilweise wird das Urteil in der Rs. *Calfa* sogar dahingehend gewertet, dass der EuGH den Regelungen der Unionsbürgerschaft und der mit ihr verknüpften Freizügigkeit nicht dieselbe materielle Wirkung wie den Grundfreiheiten zuerkennt und somit der Einzelne sich stets zusätzlich auf eine Grundfreiheit berufen muss, um sein Freizügigkeitsrecht zu begründen.³⁰⁹ Wie sich noch zeigen wird, geht eine solche Interpretation fehl, da der EuGH in späteren Urteilen, wie beispielsweise der Rs. *Wijsenbeek*, die unionsbürgerliche Freizügigkeit wie ein subjektiv-öffentliches Recht behandelt.³¹⁰ Auch im Schlussantrag des Generalanwaltes *La Pergola* wird deutlich, dass aus der Nichtanwendung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts lediglich Rückschlüsse für das Verhältnis des allgemeinen Freizügigkeitsrechts zu den grundfreiheitlichen Freizügigkeitsrecht gezogen werden können und nicht dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht die unmittelbare Anwendbarkeit per se abgesprochen werden soll.³¹¹

Ebenso wie in den Urteilen *Cowan* und *Bickel und Franz* wird durch das Urteil *Calfa* nochmals bestätigt, dass die Wirkung der Grundfreiheit sich auch auf Rechtsbereiche, wie das Strafrecht, erstreckt, die eigentlich der Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten unterstehen.³¹² Der Einflussbereich des Unionsrechts wird somit durch die negative Integration erheblich ausgedehnt.

bbb) Rechtfertigungsmaßstab

Bei der Rechtfertigung des Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit äußert sich der Gerichtshof zur Auslegung der im Vertrag explizit genannten Rechtfertigungsgründe. Aufgrund der offenen Diskriminierung können vorliegend nur geschriebene Rechtfertigungs-

³⁰⁷ EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21, Tz. 30 – *Calfa*; siehe auch *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 760.

³⁰⁸ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 134; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 764.

³⁰⁹ *Bulterman*, Anmerkung zu *Bickel und Franz*, CMLRev. 36 (1999), S. 1325, 1334.

³¹⁰ EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6251, Tz. 41 – *Wijsenbeek*; EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091, Tz. 84 – *Baumbast*; zu *Baumbast* siehe auch *Dougan/Spaventa*, *Educating Rudy and the non English patient*, ELRev. 2003, S. 699ff.; *Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 611, 625; *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 21 AEUV, Rn. 9.

³¹¹ Generalanwalt *La Pergola*, Schlussantrag, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-13, Tz. 10 – *Calfa*.

³¹² EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21, Tz. 17 – *Calfa*.

gründe angewendet werden. Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aus Art. 52 Abs. 1 AEUV und das diese Tatbestände konkretisierende Sekundärrecht legt der EuGH auch im vorliegenden Zusammenhang eng aus.³¹³ Gemäß der Richtlinie 64/221/EWG, die das Recht der Mitgliedstaaten, Ausländer aus Gründen der öffentlichen Ordnung auszuweisen, beschränkt und somit den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung konkretisiert, kann ein Gemeinschaftsbürger nur dann ausgewiesen werden, wenn neben dem Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz sein persönliches Verhalten eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellt. Strafrechtliche Verurteilungen allein können eine Ausweisung somit nicht ohne weiteres begründen. Im Ergebnis müssen noch persönliche Umstände hinzukommen, um eine Ausweisung zu rechtfertigen.³¹⁴ Mithin legt der EuGH auch das von den Mitgliedstaaten geschaffene die Rechtfertigungsgründe konkretisierende Sekundärrecht eng aus.

dd) Wijsenbeek (1999)

In der Rs. *Wijsenbeek* hat der EuGH das Freizügigkeitsrechts erstmals nicht aus den Grundfreiheiten, sondern aus der Unionsbürgerschaft abgeleitet. Zum Sachverhalt: Bei der Einreise in die Niederlande weigerte sich ein Niederländer namens Wijsenbeek, der als Tourist in Frankreich war, seinen Pass vorzuzeigen, obwohl er dazu nach einer nationalen Verordnung verpflichtet gewesen wäre.³¹⁵ Das niederländische Gericht legte die Frage vor, ob eine solche nationale Regelung mit den Regelungen des Vertrages über die Verwirklichung des Binnenmarktes und der Freizügigkeit vereinbar sei. Im Ergebnis bejahte der EuGH dies, stellte jedoch – anders als in der Rs. *Calfa* – keinen Bezug zur passiven Dienstleistungsfreiheit des Herrn Wijsenbeek her. Ein Verstoß gegen die Freizügigkeit verneinte er im konkreten Fall allerdings, weil noch keine das allgemeine Freizügigkeitsrecht ausfüllenden gemeinschaftlichen Bestimmungen für die Kontrolle der Außengrenzen der Gemeinschaft erlassen wurden, welche harmonisierte Vorschriften über die Einwanderungs-, Visums- und Asylbedingungen umfassten. Solange dies noch nicht geschehen sei, setze die Ausübung des Freizügigkeitsrechts voraus, dass der Betroffene belegen könne, dass er Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist.³¹⁶ In dem Verweis auf die theoretische Anwendbarkeit des allgemeinen Freizügigkeitsrechts wird die Tendenz zu dessen unmit-

³¹³ EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21, Tz. 23 – *Calfa*; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 62 AEUV, Rn 3; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 52 AEUV, Rn. 21.

³¹⁴ EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21, Tz. 24ff. – *Calfa*.

³¹⁵ EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6251 – *Wijsenbeek*.

³¹⁶ EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6251, Tz. 41/42 – *Wijsenbeek*.

telbarer Anwendbarkeit verstärkt. Eine ausdrückliche Aussage vermeidet der EuGH jedoch auch hier.³¹⁷

Der Generalanwalt *Cosmas* hingegen spricht sich ausdrücklich für die unmittelbare Anwendbarkeit des allgemeinen Freizügigkeitsrechts aus.³¹⁸ Das allgemeine Freizügigkeitsrecht habe gegenüber dem mit den Grundfreiheiten verbundenen Freizügigkeitsrecht eigenständigen Charakter. Es sei ein Recht, das der autonomen Verwirklichung eines Zieles des Inhabers und nicht lediglich den Zielen der Gemeinschaft und der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes diene.³¹⁹

ee) **Rechtsprechung in den Rechtsachen *Zambrano* und *Rottmann* (2010 und 2011)**

Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zum allgemeinen Freizügigkeitsrecht und allgemeinen Diskriminierungsverbot, deren Wurzeln in den vorstehend besprochenen Urteilen liegen, lässt sich anhand der Rs. *Zambrano* und der Rs. *Rottmann* darstellen.³²⁰

Gegenstand der Rs. *Rottmann* war die Rücknahme der Einbürgerung eines Österreicherers in Deutschland, weil er die Einbürgerung durch falsche Angaben erschlichen hatte. Fraglich war, ob die Rücknahme gegen Unionsrecht verstößt, wenn Herr Rottmann dadurch staatenlos würde und sämtliche an die Unionsbürgerschaft anknüpfenden Rechte verlöre.³²¹ Generalanwalt *Maduro* sah den Anwendungsbereich des Unionsrecht betroffen, da der Österreicher durch die Wohnsitznahme in Deutschland von seinem Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV Gebrauch gemacht habe. Er betonte, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts jedoch nicht schon deshalb eröffnet sei, weil die Entziehung der Staatsbürgerschaft den Wegfall der Unionsbürgerschaft zur Folge habe.³²² Somit hielt er zumindest formell am Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements für die Anwendung des Unionsrechts fest. Der EuGH hingegen thematisierte in seiner Urteilsbegründung das grenzüberschreitende Element nicht, sondern stützte die Anwendung des Unionsrechts

³¹⁷ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 761.

³¹⁸ Generalanwalt *Cosmas*, Schlussantrag, Rs. C- 378/97, Slg. 1999, I-6209, Tz. 84 – Wijsenbeek; die unmittelbare Anwendbarkeit wurde vom EuGH ausdrücklich bestätigt im Urteil, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7136, Tz. 81 – Baumbast; zustimmend: *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 368; *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, Europarecht, Beiheft 1/2007, S. 7, 11ff.; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerecht, EuR 2003, S. 744, 761; *Schönberger*, Unionsbürger, S. 321f.

³¹⁹ Generalanwalt *Cosmas*, Schlussantrag, Rs. C- 378/97, Slg. 1999, I-6209, Tz. 84 – Wijsenbeek.

³²⁰ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 – *Zambrano*; EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-1449 – *Rottmann*.

³²¹ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-1449 – *Rottmann*.

³²² Generalanwalt *Maduro*, Schlussantrag, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-1452, Tz.10 – *Rottman*; siehe auch *Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550, 554.

allein auf den Verlust des Unionsbürgerstatus und der damit verbundenen Rechte als Folge der Entziehung der Staatsangehörigkeit.³²³

In der Rs. *Zambrano* verzichtet der EuGH erneut auf das Kriterium der Grenzüberschreitung. Inhaltlich ging es um das Aufenthaltsrecht eines Drittstaatsangehörigen, der sich nach erfolglosem Asylverfahren in Belgien mit seinem minderjährigen Sohn, welcher Unionsbürger war, dort aufgehalten hatte. Der EuGH leitete aus der Unionsbürgerschaft des Sohnes ein Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Vaters ab³²⁴ und entwickelte den sogenannten Kernbestand an Rechten, die aus der Unionsbürgerschaft abgeleitet und als solche auch gegenüber dem eigenen Staat – unabhängig von einer grenzüberschreitenden Situation – geltend gemacht werden können.³²⁵ Die Anwendbarkeit des Sekundärrechts, das Aufenthaltsvoraussetzungen für den vorliegenden Fall enthalten könnte³²⁶, schließt der EuGH in einem Satz aus.³²⁷ Auch das allgemeine Diskriminierungsverbot und das allgemeine Freizügigkeitsrecht, die der EuGH zuvor in ähnlich gelagerten Fällen herangezogen hatte, blieben unberücksichtigt. Im Ergebnis wären mangels eines grenzüberschreitenden Elements beide Regelungen nicht anwendbar gewesen.³²⁸ Durch die Entwicklung des Kernbestands an Rechten der Unionsbürgerschaft kann der EuGH fortan wegen des Verzichts auf das grenzüberschreitende Element Sachverhalte entscheiden, die zuvor außerhalb des Unionsrechts standen. Die Rechte aus Art. 18 und 21 AEUV sowie die Grundfreiheiten kommen seitdem nur noch außerhalb dieses Kernbereichs zur Anwendung.³²⁹ Die Generalanwältin *Sharpston* war in ihren Schlussanträgen sogar noch weiter gegangen und wollte – unter Verweis auf die Aufweichung des Merkmals des grenzüberschreitenden Elements in der Rs. *Carpenter* – aus Art. 21 Abs. 1 AEUV ein von der Freizügigkeit unabhängiges eigenes Aufenthaltsrecht der Unionsbürger herleiten, welches auch den Aufenthalt im Herkunftsstaat umfasst. Sie wollte somit auf einen grenzüber-

³²³ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-1449, Tz. 42 – Rottmann; *Shaw*, in: Craig/de Burca, The Evolution of EU Law, S. 594f.

³²⁴ Zum Teil wird dies auch als die Schaffung eines unter Art. 20 AEUV zu verordnenden Verbots der Ausweisung von Unionsbürgern aus dem Gebiet der Union gewertet. Die Betroffenheit dieses Unionsbürgerrechts eröffne den Anwendungsbereich des Vertrages, der Schutzbereich des Rechts umfasse mittelbare Ausweisungen und eine Rechtfertigung im Kernbestand sei per se nicht möglich, vgl. *Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550, 560ff.

³²⁵ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Tz. 42 – *Zambrano*.

³²⁶ Vgl. bspw. RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. EU Nr. L 158, S. 77) die ein abgestuftes System mit bestimmten Voraussetzungen und Bedingungen für den Lebensunterhalt und Familiennachzug für den Aufenthalt von Unionsbürgern enthält. Danach erfordert ein Daueraufenthalt mit sozialen Ansprüchen und Statussicherheit nach Art. 16 Abs. 1, 2 einen fünfjährigen, rechtmäßigen Aufenthalt.

³²⁷ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Tz. 39 – *Zambrano*.

³²⁸ *Hailbronner/Thym*, Anmerkung zu Ruiz Zambrano, NJW 2011, S. 2008, 2011; *Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550, 555.

³²⁹ *Hailbronner/Thym*, Anmerkung zu Ruiz Zambrano, NJW 2011, S. 2008, 2009; *Thym*, Freizügigkeit in Europa als Modell?, EuR 2011, S. 487, 495; *Frenz*, Reichweite des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach den Urteilen *Zambrano* und *McCarthy*, ZAR 2011, S. 221, 223.

schreitenden Bezug im Rahmen der Freizügigkeit generell verzichten.³³⁰ Dem ist der EuGH – wie dargestellt – nur zum Teil gefolgt.

Festzustellen ist jedoch, dass Drittstaatsangehörige erheblich davon profitieren, dass die personelle Reichweite des Aufenthaltsrechts auch Sachverhalte umfasst, in denen ein Unionsbürger – wie vorliegend der Sohn von Herrn Zambrano – lediglich indirekt beeinträchtigt ist.³³¹

Außerdem hat die Konstruktion des Kernbestands enorme Auswirkungen auf das mitgliedstaatliche Recht. Selbiges wird der Kontrolle des Unionsrechts unterstellt, auch wenn in der konkreten Situation kein grenzüberschreitender Bezug besteht. Außerdem werden durch die Herleitung des Aufenthaltsrechts direkt aus der Unionsbürgerschaft die häufig nur sekundärrechtlich geregelten Beschränkungen und Bedingungen eines Aufenthaltes für Unionsbürger umgangen. Die Kernbestandsdoktrin ermöglicht somit eine richterliche Überlagerung des geschriebenen Sekundärrechts.³³² Des Weiteren verdeutlichen die beiden Entscheidungen, dass die Einflussnahme des Unionsrechts in Bereichen, welche zu den originären Aufgaben der Mitgliedstaaten zählen, erneut zunimmt. So untersteht in der Entscheidung *Rottmann* selbst das Staatsangehörigkeitsrecht im engsten Sinne, nämlich das „Ob“ der Staatsangehörigkeit, der Kontrolle des EuGH.³³³

d) Museumsfälle

Der Gerichtshof setzte sich mehrmals mit Vergünstigungen für verschiedene Personengruppen beim Zugang zu staatlichen Museen auseinander.

aa) Spanische Museen (1994)

Dem Vertragsverletzungsverfahren *Spanische Museen* lag eine nationale Regelung zugrunde, nach der für Spanier, für in Spanien lebende Ausländer und für alle Unionsbürger unter 21 Jahren, der Besuch staatlicher Museen kostenlos war. Der EuGH urteilte, dass diese Regelung ausländische Touristen, die älter als 21 Jahre sind, diskriminiere und daher gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot und gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoße.³³⁴ Unter Hinweis auf die Rs. *Cowan* führte er aus, dass der freie Dienstleistungsverkehr die Freiheit der Touristen einschließe, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu be-

³³⁰ Generalanwältin *Sharpston*, Schlussantrag, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Tz. 73, 100, 102 – Zambrano; *Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550, 551.

³³¹ Vgl. *Frenz*, Reichweite des unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht nach den Urteilen Zambrano und McCarthy, ZAR 2011, S. 221, 223; vgl. auch Rs. *Carpenter*, in der auch dem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht gewährt wurde.

³³² *Hailbronner/Thym*, Anmerkung zu Ruiz Zambrano, NJW 2011, S. 2008, 2009.

³³³ So auch ausdrücklich der EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-1449, Tz. 48 – *Rottmann*; *Thym*, Freizügigkeit in Europa als Modell?, EuR 2011, S. 487, 506.

³³⁴ EuGH, Rs. 45/93, Slg. 1994, S. 916, Tz. 10 – *Spanische Museen*.

geben, um dort unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Mitgliedstaats Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Diese Freiheit umfasse neben dem Zugang zu den Dienstleistungen auch damit in Zusammenhang stehende Vergünstigungen. Da der Besuch eines Museums einer der maßgeblichen Gründe für den Besuch eines ausländischen Touristen als Dienstleistungsempfänger sei, bestehe ein enger Zusammenhang zwischen der den Touristen nach dem Vertrag zustehenden Freizügigkeit und den Bedingungen des Museumszugangs.³³⁵ Die vorliegenden Preisregelungen hätten somit Auswirkungen auf die Bedingungen der Dienstleistungserbringung und beeinflussten daher die Entscheidung der Touristen, das Land zu besuchen.³³⁶

aaa) Kategorisierung als Dienstleistung

Bereits die Kategorisierung des Museumsbesuchs als Empfangnahme einer Dienstleistung wird zum Teil in Frage gestellt, da zwar eine gegen Entgelt erbrachte Leistung vorliege, der wirtschaftliche Aspekt, wie der EuGH ihn in anderen Fällen bereits gefordert hatte, mangels Gewinnerzielungsabsicht eines staatlichen Museums jedoch fragwürdig sei.³³⁷ In der Rs. *Wirth* hatte der EuGH festgehalten, dass das Wesensmerkmal des Entgelts darin bestehe, dass es die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstelle. Durch den im Rahmen eines nationalen Bildungssystems erteilten Unterricht komme der Staat lediglich seiner auf sozialem, kulturellen und bildungspolitischem Aufgabe nach und wolle keinen Gewinn erzielen. Daran ändere sich auch nichts, wenn bis zu einem gewissen Umfang für die Funktionsfähigkeit des Systems Gebühren gezahlt werden.³³⁸ Da staatliche Museen als kulturelle Einrichtungen ihre Kosten durch die Eintrittsentgelte nicht annähernd decken, sind sie mit Einrichtungen des nationalen Bildungssystems vergleichbar, sodass die Erbringung einer Dienstleistung mangels Gewinnerzielungsabsicht nach diesen Maßstäben nicht vorläge.

Dem ist entgegenzusetzen, dass der EuGH auch entschieden hat, dass die Gewinnerzielungsabsicht kein Merkmal des Dienstleistungsbegriffes sei.³³⁹ Eine auf Kostendeckung ausgerichtete oder gemeinnützige, aber regelmäßig gegen Entgelt ausgeübte Tätigkeit sei

³³⁵ EuGH, Rs. 45/93, Slg. 1994, S. 916, Tz. 5ff. – Spanische Museen.

³³⁶ EuGH, Rs. 45/93, Slg. 1994, S. 916, Tz. 6/7 – Spanische Museen.

³³⁷ *von Borries*, Anmerkung zu Spanische Museen, EuZW 1994, S. 474. Nach der Legaldefinition in Art. 57 Abs. 1 AEUV sind Dienstleistungen im Sinne des Vertrages Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen

³³⁸ EuGH, Rs. C-109/92, Slg. 1993, I-6464, Tz. 15/19 – *Wirth*.

³³⁹ EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5509, Tz. 50/52 – *Smits und Peerbooms* (Dienstleistungen in Krankenhäusern); EuGH, Rs. C-281/06, Slg. 2007, I-12246, Tz. 33 – *Jundt* (Lehrtätigkeit gegenüber Universität).

ausreichend.³⁴⁰ Da Museumsbesuche in der Regel gegen Entgelt stattfinden, lassen sich somit auch Argumente für eine Dienstleistung im Sinne des Vertrages finden.³⁴¹ Festzuhalten bleibt jedoch im vorliegenden Fall, dass der Gerichtshof diejenige Auslegung des Dienstleistungsbegriffs gewählt hat, die der Dienstleistungsfreiheit zum größtmöglichen Anwendungsbereich verhilft. Würden bei der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit wirtschaftliche Aspekte wie die Gewinnerzielungsabsicht stärker betont werden, könnte das – nachfolgend besprochene – dogmatische Problem der parallelen Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots und der Dienstleistungsfreiheit vermieden werden.

bbb) Parallele Anwendung von Dienstleistungsfreiheit, allgemeinem Diskriminierungsverbot und allgemeinem Freizügigkeitsrecht

Im Gegensatz zur Urteilsbegründung in der Rs. *Cowan*, wo der EuGH zwischen der Dienstleistungsfreiheit zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot differenziert, nennt der EuGH in der Rs. *Spanische Museen* beide Diskriminierungsverbote nebeneinander und betont die einem Leistungsempfänger zustehende Freizügigkeit. Diese Abweichung von der Vorgehensweise in der Rs. *Cowan* durch die parallele Anwendung der beiden Diskriminierungsverbote ließe sich dadurch erklären, dass der Tourist vorliegend direkt bei der Inanspruchnahme einer Leistung wegen der unterschiedlichen Eintrittsgelder benachteiligt ist, während in der Rs. *Cowan* der Tourist in einem Sachverhalt benachteiligt war, der von der Inanspruchnahme von Dienstleistungen unabhängig ist. Andere führen die parallele Anwendung der beiden Diskriminierungsverbote in der Rs. *Spanische Museen* darauf zurück, dass der Dienstleistungsbezug nur schwach ausgeprägt war und das allgemeine Diskriminierungsverbot eine Art Ergänzung sei.³⁴² Die vom Gerichtshof gewählte parallele Anwendung beider Diskriminierungsverbote widerspricht letztlich jedoch der Dogmatik, wonach die speziellen Diskriminierungsverbote aus den Grundfreiheiten dem allgemeinen Diskriminierungsverbot vorgehen.³⁴³

Unabhängig vom dogmatischen Bruch verschärft die weite Anwendung der Dienstleistungsfreiheit den europarechtlichen Prüfungsmaßstab für nationale Maßnahmen.

Mag die parallele Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes und der Dienst-

³⁴⁰ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 21; Schöne, Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht, S. 35; McDonald, Der Begriff der Dienstleistung im europäischen Binnenmarkt und WTO-System (GATS), S. 35.

³⁴¹ Vgl. Schöne, Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht, S. 35.

³⁴² Scheuing, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 753.

³⁴³ Vgl. auch von Borries, Anmerkung zu Spanische Museen, EuZW 1994, S. 474; zum Verhältnis von Art. 18 AEUV zu Art. 56 AEUV siehe: Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 133; Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, S. 73ff.

leistungsfreiheit im Fall der spanischen Museen wegen des Vorliegens einer versteckten Diskriminierung im Ergebnis keine Unterschied machen, trägt die Entscheidung jedoch insgesamt zur Verschärfung des europarechtlichen Prüfungsmaßstabes für nationale Maßnahmen bei. So wären theoretisch in vergleichbaren Fällen nicht nur Differenzierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes – wie vom allgemeinen Diskriminierungsverbot umfasst – unzulässig, sondern auch jede nicht-diskriminierende Beschränkung, soweit sie nicht gerechtfertigt ist.³⁴⁴ Auch aufgrund der unterschiedlichen Rechtfertigungsmaßstäbe bei allgemeinem Diskriminierungsverbot und bei der Dienstleistungsfreiheit schränkt die parallele Anwendung der beiden Diskriminierungsverbote den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten weiter ein. Während direkte Diskriminierungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nur geschriebenen Rechtfertigungsgründen nach Art. 62 AEUV i. v. m. Art. 51 Abs. 1 AEUV und Art. 62 AEUV zugänglich sind, genügt für die Rechtfertigung einer direkten Diskriminierung im Rahmen von Art. 18 AEUV ein öffentliches Interesse und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.³⁴⁵ Die Tragweite der Dienstleistungsfreiheit wird dadurch auch in nicht ökonomisch geprägten Bereichen wie dem Kulturbereich erheblich erweitert.³⁴⁶

bb) Dogenpalast (2003)

In dem zweiten Museumsfall wurde eine italienische Regelung überprüft. Staatliche Museen³⁴⁷ gewährten italienischen Staatsangehörigen und Personen mit Wohnsitz in der Verwaltungseinheit des Museums ab einem gewissen Alter freien Eintritt. Der EuGH sah in dieser Regelung einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.³⁴⁸

aaa) Vorliegen einer Diskriminierung

Dass der EuGH bei Vergünstigungen für Personen, die ihren Wohnsitz innerhalb der Verwaltungseinheit des Museums haben, eine versteckte Diskriminierung annahm, wird zu Recht kritisiert.³⁴⁹ Der EuGH stellte fest, dass Unterscheidungen aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes zum gleichen Ergebnis führen, wie Diskriminierung aufgrund der Staats-

³⁴⁴ *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 57; *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rn. 12.

³⁴⁵ *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 119; *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 58ff.; *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 38.

³⁴⁶ *von Borries*, Anmerkung zu Spanische Museen, *EuZW* 1994, S. 474, 475.

³⁴⁷ Zu privaten Museen vgl. *Völker*, *Passive Dienstleistungsfreiheit*, S. 206; andere lehnen eine mittelbare Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit ab, *Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Bd. 1, Rn. 2982.

³⁴⁸ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732 – Dogenpalast.

³⁴⁹ *Davies*, „Any Place I hang my hat?” or Residence is the New Nationality, *European Law Journal* 2005, S. 43, 45ff.

angehörigkeit, da sie sich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirken. Es spiele keine Rolle, dass auch Italiener, die in anderen Teilen Italiens leben, von der streitigen Maßnahme betroffen seien. Denn eine Diskriminierung erfordere nicht, dass alle Inländer begünstigt werden oder dass unter Ausschluss der Inländer nur die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten benachteiligt werden.³⁵⁰ Der Gerichtshof verkennt jedoch, dass die Anknüpfung an den Wohnsitz nicht immer zu einer versteckten Diskriminierung führen muss, denn Ziel der Grundfreiheiten ist es, Unterscheidungen anhand verbotener und nicht anhand neutraler Differenzierungskriterien auszuschließen.³⁵¹ Es ist zwar richtig, dass eine Diskriminierung nicht die Begünstigung aller Inländer erfordert. Eine versteckte Diskriminierung erfordert definitionsgemäß jedoch, dass das Differenzierungskriterium im Wesentlichen dieselben nachteiligen Auswirkungen hat wie eine Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.³⁵² Wenn jedoch – gemessen an der Anzahl der Museumsbesucher – genauso viele beziehungsweise noch mehr Inländer, nämlich Italiener aus anderen Regionen, von den Vergünstigungen ausgeschlossen sind wie ausländische Touristen, ist dieselbe Wirkung wie bei einer Unterscheidung aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht mehr gegeben.³⁵³ Auch nach weniger mathematischer, sondern nach typisierender Betrachtungsweise läge keine versteckte Diskriminierung vor, da die Anknüpfung an das neutrale Merkmal des Wohnsitzes sich im konkreten Fall eben nicht typischerweise so auswirkt wie die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit.³⁵⁴ Entscheidend ist letztlich die Bildung der Vergleichsgruppen. Der Gerichtshof vergleicht privilegierte italienische Staatsangehörige mit nichtprivilegierten Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, obwohl stattdessen ein Vergleich zwischen den italienischen Museumsbesuchern und den Museumsbesuchern aus anderen Mitgliedstaaten geboten gewesen wäre. Denn eine versteckte Diskriminierung muss im Wesentlichen dieselbe Wirkung herbeiführen wie eine Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.³⁵⁵ Bezieht man sich auf diese beiden letztgenannten Vergleichsgruppen, ist – nach entsprechender Sachverhaltsan-

³⁵⁰ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732, 738, Tz. 14 – Dogenpalast; EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4161, Tz. 41 – Angonese.

³⁵¹ So auch *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 105.

³⁵² EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, S. 1300, Tz. 10/12 – van Binsbergen; *Roth*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt E I, Rn. 160, 31. Ergänzungslieferung, Stand: 2012; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 493; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 104.

³⁵³ Zur dieser statistischen Betrachtungsweise vgl. EuGH, Rs. 33/88, Slg. 1989, S. 1606, Tz. 12 – Allué; EuGH, verb. Rs. C-259/91, C-331/91, Slg. 1993, I-4328, Tz. 12 – Allué II; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 326; *Davies*, „Any Place I hang my hat?“ or Residence is the New Nationality, *European Law Journal* 2005, S. 43, 46.

³⁵⁴ Ebenfalls auf eine typisierende Betrachtungsweise abstellend, *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierung, S. 36ff.; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 105.

³⁵⁵ Vgl. *Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, 573 zum Urteil, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14951 – Doc Morris in dem der EuGH ebenfalls unsaubere Vergleichsgruppen heranzieht.

alyse³⁵⁶ – eine versteckte Diskriminierung zu verneinen und lediglich eine Beschränkung zu bejahen. Dieses Ergebnis würde sich auch auf die parallele Anwendung von allgemeinem Diskriminierungsverbot und Dienstleistungsfreiheit auswirken, denn reine Beschränkungen wären vom allgemeinen Diskriminierungsverbot nicht erfasst.³⁵⁷

bbb) Parallele Anwendung von Dienstleistungsfreiheit und allgemeinem Diskriminierungsverbot

Auch im Fall *Dogenpalast* findet keine Differenzierung zwischen allgemeinem Diskriminierungsverbot und Dienstleistungsfreiheit statt. Der EuGH hätte vorliegend die unklare Rechtsprechung in der Rs. *Spanische Museen* korrigieren können. Stattdessen verweist er auf sie. Zum Teil wird diese Vorgehensweise auf die Klage der Kommission zurückgeführt, welche auf die Dienstleistungsfreiheit und das allgemeine Diskriminierungsverbot abstellte.³⁵⁸ Andere weisen auf den nur geringen Dienstleistungsbezug des Sachverhalts hin.³⁵⁹ Beides kann aufgrund des dogmatischen Vorrangs der Dienstleistungsfreiheit vor dem allgemeinen Diskriminierungsverbot jedoch nicht überzeugen. Daher sind die oben dargestellten Kritikpunkte zur parallelen Anwendung von Dienstleistungsfreiheit und allgemeinem Diskriminierungsverbot, welche sich aus dem unterschiedlichen Schutzzumfang und Rechtfertigungsmaßstab ergeben, auf dieses Urteil zu übertragen.

ccc) Rechtfertigungsprüfung

Auf Rechtfertigungsebene prüfte der EuGH eine Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses.³⁶⁰ Damit widersprach er seinem Urteil in der Rs. *Ciola*, in dem eine versteckte Diskriminierung, die ebenfalls ein Wohnsitzerfordernis war, nur an geschriebenen Rechtfertigungsgründen gemessen hat.³⁶¹

Darüber hinaus charakterisierte der EuGH unter Verweis auf seine vorhergehende Rechtsprechung die Argumente der italienischen Regierung vorschnell als rein wirtschaftlich

³⁵⁶ Zum Teil wird zu diesem Urteil angemerkt, dass der EuGH die Sachverhaltsaufarbeitung an die nationalen Gerichte hätte zurückverweisen müssen, vgl. *Davies*, „Any Place I hang my hat?“ or Residence is the New Nationality, *European Law Journal* 2005, S.43, 48. Allerdings prüft der Gerichtshof im Vertragsverletzungsverfahren die tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte des Falles (vgl. *Ehricke*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 258 AEUV, Rn. 7) und nur im Vorabentscheidungsverfahren obliegt die Feststellung und Würdigung der Tatsachen dem nationalen Gericht, vgl. *Middeke*, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 10 Rn. 82.

³⁵⁷ *von Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn. 19.

³⁵⁸ *Streinz*, Ausländer und Gebietsfremde diskriminierende Eintrittsgelder für öffentliche Museen verstoßen gegen Art. 12 und Art. 49 EG, *JuS* 2003, S. 604.

³⁵⁹ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, *EuR* 2003, S. 744, 753.

³⁶⁰ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732, Tz. 19ff. – *Dogenpalast*.

³⁶¹ Vgl. oben EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 14 – *Ciola*.

und lehnte damit den Zugang zu einer Rechtfertigungsmöglichkeit grundsätzlich ab.³⁶² Die italienische Regierung trug vor, dass angesichts der durch die Kulturgüterverwaltung entstehenden Kosten der unentgeltliche Zugang zu diesen Gütern nicht unabhängig von wirtschaftlichen Erwägungen gewährt werden könne.³⁶³ Dies ist nicht zwingend ein rein wirtschaftliches Argument. Vielmehr besteht eine Gemengelage von wirtschaftlichen, kulturpolitischen, bildungspolitischen und tourismuspolitischen Erwägungen. Insbesondere steht hinter wirtschaftlichen Erwägungen eines Mitgliedstaates stets die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die der Staat benötigt, um seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wie Bildung und soziale Absicherung zu erfüllen.³⁶⁴ In anderen Rechtssachen hat der EuGH dieser Tatsache Rechnung getragen und Rechtfertigungsgründe, die auch einen wirtschaftlichen Hintergrund hatten, unter andere anerkannte Rechtfertigungsgründe subsumiert.³⁶⁵

Auch die Behandlung des zweiten Rechtfertigungsversuchs der italienischen Regierung durch den Gerichtshof gibt Anlass zur Kritik. Die Regierung brachte als Rechtfertigung die Kohärenz des Steuersystems ins Spiel, da die Vergünstigungen die Gegenleistung für Steuern seien, mit denen sich die Staatsangehörigen oder Gebietsansässigen am Unterhalt der Museen beteiligten.³⁶⁶ Dieses Argument wies der EuGH zurück, da auch italienische Staatsbürger, die nicht in der Region des Museum ansässig sind, Steuern für die Kulturförderung zahlten und somit kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Besteuerung und den Vorzugstarifen bestünde.³⁶⁷ Der Gerichtshof hätte allerdings nicht auf die Unterhaltsleistungen aus dem gesamten italienischen Steueraufkommen abstellen dürfen, sondern auf das Steueraufkommen der Region in der sich das Museum befindet.³⁶⁸ Erschöpft sich die Finanzierung in lokalen Mitteln, könnte ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Besteuerung und den Vorzugstarifen gegeben sein und somit die Kohärenz des Steuersystems als Rechtfertigungsgrund greifen.³⁶⁹

³⁶² EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732, Tz. 23ff. – Dogenpalast.

³⁶³ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732, Tz. 18 – Dogenpalast.

³⁶⁴ *Davies*, „Any Place I hang my hat?“ or Residence is the New Nationality, *European Law Journal* 2005, S. 43, 47.

³⁶⁵ EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1935, Tz. 50 – Kohll.

³⁶⁶ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732, Tz. 18 – Dogenpalast.

³⁶⁷ EuGH, Rs. C-338/01, Slg. 2003, I-732, Tz. 24 – Dogenpalast.

³⁶⁸ *Streinz*, Ausländer und Gebietsfremde diskriminierende Eintrittsgelder für öffentliche Museen verstoßen gegen Art. 12 und Art. 49 EG, *JuS* 2003, S. 604, 605; *Davies*, „Any Place I hang my hat?“ or Residence is the New Nationality, *European Law Journal* 2005, S. 43, 48.

³⁶⁹ Vgl. Beschluss des BVerwG vom 30.1.1997 wonach höhere Gebühren einer Musikschule für Ortsfremde nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, da die Ungleichbehandlung über die sachlichen Gründe der Ortsverbundenheit und der Beteiligung an den Gemeinlasten der Gemeinde gerechtfertigt ist, BVerwGE 104, S. 60.

ddd) Fazit

Der EuGH hat in den Museumsfällen stets die Auslegung gewählt, welche die Wirkung der Grundfreiheit maximiert. Dies gilt sowohl für die Analyse des Sachverhalts als auch für die Subsumtion der Leistungen unter den Begriff der Entgeltlichkeit, die Einordnung der Differenzierung als versteckter Diskriminierung (statt als Beschränkung) sowie die parallele Anwendung der Dienstleistungsfreiheit neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot. Dadurch greift er erheblich in die Kultur- und Tourismuspolitik der Mitgliedstaaten ein, welche zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidungen des EuGH grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten war.

3. Stellungnahme zur negativen Integration im Dreiecksverhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit, Diskriminierungsverbot und Freizügigkeitsrecht

Die untersuchten Urteile verdeutlichen die negative Integration im Tourismusbereich insbesondere hinsichtlich nachfolgender Aspekte.

a) Entwicklung neuer Formen der Dienstleistungsfreiheit

Durch die rechtsfortbildende Rechtsprechung im Tourismusbereich entwickelte der EuGH neue Ausformungen der Dienstleistungsfreiheit, die dem Wortlaut des Vertragstextes nicht zu entnehmen sind. Prominentestes Beispiel ist die Herausbildung der passiven Dienstleistungsfreiheit in der Rs. *Luisi und Carbone*. Ein weiteres Beispiel sind die Fremdenführerfälle. In diesen wurde erstmals die Dienstleistungsfreiheit – entgegen des Wortlauts von Art. 56 AEUV – gegenüber Regelungen eines Drittstaates angewendet, obwohl Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger in demselben Mitgliedstaat ansässig. Dadurch wurde die sogenannte auslandsbedingte Dienstleistungsfreiheit³⁷⁰ geschaffen. Das grenzüberschreitende Element hält der EuGH in solchen Fällen aufgrund des Austauschs der Dienstleistung im Ausland für entbehrlich.³⁷¹ In der Rs. *Vestergaard*, die auf einer ähnlichen Konstellation wie die Fremdenführerfälle beruht und als deren Wegbereiter die Fremdenführerfälle angesehen werden können, hat der EuGH die Dienstleistungsfreiheit sogar gegenüber dem eigenen Mitgliedsstaat angewandt.³⁷²

³⁷⁰ Zum Begriff der auslandsbedingten Dienstleistungsfreiheit siehe *Streinz*, Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 6 I, S. 727, 751.

³⁷¹ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 56/57 AEUV, Rn. 57.

³⁷² EuGH, Rs. C-55/98, Slg. 1999, I-7657, Tz. 19 – *Vestergaard*.

b) Erweiterte Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

Über die Entwicklung neuer Formen der Dienstleistungsfreiheit hinaus, wurde der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit auch auf andere Art und Weise erweitert. Der Gerichtshof hat die Anforderungen, die an den Bezug des Sachverhalts zur Erbringung beziehungsweise zum Empfang einer Dienstleistung zu stellen sind, schrittweise herabgesetzt. Zunächst ließ er es in der Rs. *Luisi und Carbone* für die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit ausreichen, dass die von den Touristen in Anspruch genommene Dienstleistung in keiner Weise bestimmt war.³⁷³ Später entwickelte er diese Rechtsprechung in der Rs. *Bickel und Franz* dahingehend fort, dass sogar die rein theoretische Möglichkeit der Empfangnahme von Dienstleistungen für die Anwendbarkeit der passiven Dienstleistungsfreiheit ausreicht. Einen Willen zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung bedarf es danach nicht.³⁷⁴

Eine andere Dimension der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit ist der Verzicht auf das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs. Im Urteil *Carpenter* hat der EuGH die Tatsache nicht berücksichtigt, dass die Ausweisung der Ehefrau die Erbringung von wohnsitzfernen Dienstleistungen innerhalb des Vereinigten Königreichs und in anderen Mitgliedstaaten gleichermaßen beeinträchtigt.

Darüber hinaus erweiterte der EuGH den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit dahingehend, dass das Beschränkungsverbot nicht nur auf Dienstleistungen selbst anzuwenden ist, sondern sich – zumindest im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit – auch auf sogenannte Umfeldregelungen erstreckt. Dies sind Regelungen, die nicht direkt den Dienstleistungsvorgang berühren, sondern nur das Umfeld betreffen, beispielsweise die persönlichen Verhältnisse des Dienstleistungserbringers.³⁷⁵

Den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit dehnt der Gerichtshof auch durch ihre Anwendung gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat aus.³⁷⁶ Der Wortlaut von Art. 56 AEUV schließt eine solche Anwendung zwar nicht aus. Jedoch ist sie fernliegend, weil Grundfreiheiten als Mehrebenennormen die auf föderale Gefährdungslagen zurückzuführenden Spannungen lösen sollen. Solche Spannungen entstehen typischerweise durch den Versuch der Mitgliedstaaten, den Wettbewerb durch Bevorzugung der heimischen Unterneh-

³⁷³ Siehe oben unter Kapitel 3, B., I., 2., a), bb); *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, S. 725; *Reich*, Bürgerrechte in der Europäischen Union, S. 196.

³⁷⁴ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 15 – *Bickel und Franz*; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 752; anders noch *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 157, 168ff. wonach der Empfänger einer Leistung sich mit einer bestimmten, dienstleistungsbezogenen Zielsetzung, also mit der Absicht der Entgegennahme einer bestimmten Art von Leistung in einen anderen Mitgliedstaat geben muss.

³⁷⁵ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 39 – *Carpenter*.

³⁷⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530 – *Ciola*.

men zu ihren eigenen Gunsten zu beeinflussen.³⁷⁷ Demzufolge wehren Grundfreiheiten Maßnahmen eines anderen und nicht des eigenen Staates ab. In der Rs. *Ciola* urteilte der EuGH jedoch, dass sich Dienstleister auch gegenüber dem eigenen Staat auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können. Dies gelte sogar dann, wenn der Schwerpunkt der Beschränkung nicht bei Ihnen selbst, sondern beim Dienstleistungsempfängern liegt.³⁷⁸ Im Ergebnis führt die ständige Ausdehnung der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit zur Überprüfung von mehr nationalen Maßnahmen am europarechtlichen Maßstab und damit zu einer deutlichen Kompetenzerweiterung des Gerichtshofs.³⁷⁹

c) **Beschränkte und unklare Rechtfertigungsmöglichkeiten**

Auch auf der Ebene der Rechtfertigung hat der EuGH die Dienstleistungsfreiheit weiter ausgedehnt. Zum einen hat er bestimmte Rechtfertigungserwägungen der Mitgliedstaaten als rein wirtschaftlich und damit unzulässig qualifiziert, obwohl auch wirtschaftsfremde Ziele mit den Erwägungen verfolgt wurden.³⁸⁰ Dadurch erschwert der EuGH den Mitgliedstaaten den Zugang zu Rechtfertigungsmöglichkeiten. So stand in der Rs. *Ciola* hinter den (auch) wirtschaftlichen Erwägungsgründen zusätzlich das Ansinnen eines effektiven Umweltschutzes. In der Rs. *Dogenpalast* lag eine Gemengelage wirtschafts-, kultur-, bildungs- und tourismuspolitischer Erwägungen vor.

Des Weiteren wendet der EuGH das System der Rechtfertigungsgründe nicht einheitlich an. Zum Teil misst er versteckte Diskriminierungen, die nicht an ein per se verbotenes Differenzierungskriterium anknüpfen, sondern nur im Ergebnis dieselbe Wirkung haben wie verbotene Differenzierungskriterien, nur an den ausdrücklich im Vertrag genannten Rechtfertigungsgründen und nicht anhand von im Interesse der Allgemeinheit stehenden Erwägungen. Dadurch bleiben viele potentielle Rechtfertigungsmöglichkeiten zulasten nationaler Regelungen unanwendbar.³⁸¹ Die verbleibenden Rechtfertigungsmöglichkeiten bieten den Mitgliedstaaten – wegen ihrer engen Auslegung – einen sehr geringen Handlungsspielraum zum Schutz ihrer nationalen Interessen.

³⁷⁷ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 719.

³⁷⁸ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 16 – *Ciola*; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 56/57 AEUV, Rn. 71.

³⁷⁹ Siehe dazu auch *Classen*, Die Grundfreiheit im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlicher Gestaltungskompetenzen, EuR 2004, S. 416.

³⁸⁰ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 16 – *Ciola*; EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732, Tz. 23ff. – *Dogenpalast*.

³⁸¹ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 16 – *Ciola*.

d) Von der Dienstleistungsfreiheit zu einem Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht

Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung des EuGH die Tendenz der Ausdehnung der passiven Dienstleistungsfreiheit zu einem allgemeinen Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht erkennbar.

Der Vertrag hält in Art. 57 Abs. 3 AEUV ausdrücklich fest, dass Dienstleistungserbringer sich zur Erbringung der Dienstleistung vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat begeben können. Durch die Anerkennung der passiven Dienstleistungsfreiheit im Urteil *Luisi und Carbone* wurde dieses grundfreiheitliche Freizügigkeitsrecht über seinen Wortlaut hinaus auf Dienstleistungsempfänger ausgeweitet. Damit machte der EuGH einen deutlichen Schritt in Richtung der Entfunktionalisierung der Personenfreizügigkeit.³⁸² Diese galt nach Vertragswortlaut zuvor nur im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 57 Abs. 3 AEUV und zur Wahrnehmung der Niederlassungs- oder Arbeitnehmerfreizügigkeit. Ein Tourist nimmt als Reisender typischerweise Dienstleistungen im Aufenthaltsstaat in Empfang. Beruhend auf seiner passiven Dienstleistungsfreiheit steht ihm dadurch das Recht zu, sich in andere Mitgliedstaaten als seinen Heimatstaat zu begeben und dort aufzuhalten ohne dafür eine weitere Begründung (als die pure Reisetätigkeit) vorweisen zu müssen.³⁸³

In der Rs. *Cowan* entwickelte der EuGH das Recht auf Freizügigkeit weiter. Dort führte er – ohne dabei auf die Marktfreiheiten einzugehen – bei der Prüfung des allgemeinen Diskriminierungsverbots eine generelle Freizügigkeitsgarantie der natürlichen Personen in der Europäischen Union ein. Erst in seiner weiteren Argumentation stützte er sich auch auf die passive Dienstleistungsfreiheit.³⁸⁴ Zum Zeitpunkt der Entscheidung im Dezember 1988 war dieses Urteil äußerst progressiv, da die Unionsbürgerschaft und die mit ihr verbundene allgemeine Freizügigkeit erst im Vertrag von Maastricht in den 90er Jahren eingeführt wurde. In dem späteren Urteil *Bickel und Franz*, welches nach der Verankerung der allgemeinen Freizügigkeit im Vertrag erging, konzentrierte sich der EuGH im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht und nahm nur noch sehr pauschal auf die passive Dienstleistungsfreiheit Bezug.³⁸⁵ Auch in der Entscheidung *Wijzenbeek* setzte sich der EuGH mit dem Freizügigkeitsrecht auseinander. Obwohl die Einreise eines Touristen zur Debatte stand, griff der EuGH nicht auf das mit der passiven Dienstleistungsfreiheit verbundene Freizügigkeitsrecht zurück, sondern stütz-

³⁸² Kadelbach, Unionsbürgerschaft, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 611, 616; Becker, Freizügigkeit in der EU, EuR 1999, S. 522, 525.

³⁸³ Becker, Freizügigkeit in der EU, EuR 1999, S. 522, 525.

³⁸⁴ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, I-216, Tz. 17 – Cowan.

³⁸⁵ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 16 – Bickel und Franz.

te sich alleine auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht.³⁸⁶ Man kann diese Entscheidung so interpretieren, dass der EuGH das Freizügigkeitsrecht nicht nur als Diskriminierungsverbot auslegt, sondern darin auch ein Verbot für jegliche Art von Beschränkungen der Freizügigkeit sieht.³⁸⁷ Bedenken hinsichtlich einer solch weiten Anwendung des Freizügigkeitsrechts ergeben sich vor allem, weil dadurch mitgliedstaatliche Maßnahmen aus allen Lebensbereichen auf den Prüfstand des Gemeinschaftsrechts und somit unter Rechtfertigungszwang gestellt werden.³⁸⁸ Der oben beschriebene weite Gebrauch der passiven Dienstleistungsfreiheit für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages setzt sich somit in dem Rückgriff auf die allgemeine Freizügigkeit zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages fort.

Parallel zur Entwicklung eines allgemeinen Freizügigkeitsrechts hat der EuGH die passive Dienstleistungsfreiheit zu einem Aufenthaltsrecht ausgedehnt. Zumindest für die Zeit der Entgegennahme von Dienstleistungen steht dem Touristen ein Aufenthaltsrecht in dem anderen Mitgliedstaat zu.³⁸⁹

Zum Teil wird angenommen, dass das Aufenthaltsrecht des Dienstleistungsempfängers beziehungsweise Touristen auf drei Monate begrenzt sei.³⁹⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass ein grundfreiheitlich bedingtes Aufenthaltsrecht nicht auf einen konkreten Zeitraum beschränkt sein kann, sondern von der Dauer der Dienstleistung abhängt.³⁹¹ Allerdings besteht die zeitliche Grenze dort, wo Personen nicht nur vorübergehend Dienstleistungen in Empfang nehmen, sondern ihren Hauptaufenthalt in den anderen Mitgliedstaat verlegen.³⁹² Nach anderer Meinung ist das Aufenthaltsrecht durch die Finalität des Aufenthaltes zeitlich einzugrenzen.³⁹³ Das Aufenthaltsrecht bestehe nur, soweit die Entgegennahme von Dienstleistungen Anlass des Aufenthaltes ist und nicht bereits, wenn anlässlich eines Aufenthaltes Dienstleistungen konsumiert werden.³⁹⁴ Danach wäre es erforderlich, dass der Reisende Leistungen in Anspruch nimmt, die über die allgemein übliche alltägliche Le-

³⁸⁶ EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6251 – Wijsenbeek.

³⁸⁷ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 298/299; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 779/780; *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 108ff.

³⁸⁸ *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 109, vgl. auch *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 320ff, die die Auswirkungen eines weit ausgelegten Freizügigkeitsrechts auf die Geltung der Unionsgrundrechte betonen.

³⁸⁹ EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379 – *Luisi und Carbone*; EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 216 – *Cowan*; EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21 – *Calfa*; Grenzen des Aufenthaltsrechts aufzeigend in Urteil, Rs. C-215/03, Slg. 2005, I-1245 – *Oulane*.

³⁹⁰ *van der Woude/Mead*, Free Movement of the Tourist in Community Law, CMLRev. 25 (1988), S. 117, 130.

³⁹¹ Vgl. *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 167.

³⁹² EuGH, Rs. C-196/87, Slg. 1988, S. 6169, Tz. 16 – *Steymann*; EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9951, Tz. 22 – *Chen Zhu*; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 78.

³⁹³ *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 168ff.

³⁹⁴ *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 157.

bensgestaltung und Daseinsvorsorge hinausgehen. Bei Touristen ist in der Regel der Zweck der Reise Erholung und/oder der Wunsch, ein anderes Land kennenzulernen. Dies führt zumeist dazu, dass zur Befriedigung der Bedürfnisse nicht nur anlässlich des Aufenthaltes Dienstleistungen in Anspruch genommen werden. Auch wenn die meisten Touristen das Erfordernis der Finalität erfüllen und somit die Sinnhaftigkeit dieses Kriteriums dahingestellt bleiben kann, ist anzumerken, dass nach der Rechtsprechung des EuGH das konsumbedingte Aufenthaltsrecht unabhängig davon gilt, ob die Motivation der Touristen sich in einem anderen Land aufzuhalten, primär dienstleistungsbezogen ist oder auf andere Gründe zurückzuführen ist.³⁹⁵

Erwähnenswert ist darüber hinaus, dass der EuGH die Rechtsprechung zum Aufenthaltsrecht mit einer Lockerung der Anforderungen an den grenzüberschreitenden Bezug des in Frage stehenden Sachverhalts kombiniert. Letztlich geht der EuGH in der Rs. *Zambrano* so weit, dass er das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs für den Kernbestand der Rechte aufgibt, die aus der Unionsbürgerschaft abgeleitet werden.³⁹⁶

Man mag versucht sein anzunehmen, dass durch die Einführung der Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) und des mit ihr verbundenen allgemeinen Freizügigkeitsrechts in Art. 21 AEUV, die beschriebene negative Integration durch die Rechtsprechung des EuGH an Brisanz verloren habe.³⁹⁷ Denn inzwischen steht gemäß Art. 20 Abs. 2 lit. a AEUV jedem Unionsbürger das Recht zu, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dieser Annahme ist bis zu einem gewissen Grad zuzustimmen. Allerdings zeigen die Urteile des EuGH, dass die Tendenz der Loslösung der Dienstleistungsfreiheit vom Marktbezug auch nach Einführung der Unionsbürgerschaft in der Rechtsprechung fortbesteht. In der Entscheidung *Calfa*, welche die Einreise einer Touristin zum Gegenstand hatte, hielt der EuGH fest, dass das mit der passiven Dienstleistungsfreiheit verbundene Dienstleistungsrecht gegenüber dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht vorrangig sei.³⁹⁸ Dies gelte auch, wenn der Bezug zur Dienstleistungsfreiheit nur indirekt ist und der Grund der Reise nicht primär in der Entgegennahme von Dienstleistungen bestehe. Dieses Urteil zeigt, dass der Gerichtshof, trotz des Bestehens des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, um die Herleitung eines Freizügigkeitsrechts aus der passiven Dienstleistungsfreiheit bemüht ist, sobald ein auch nur geringer wirtschaftlicher Bezug besteht. In den weiteren Ausführungen wird sich außerdem zeigen, dass zwischen dem Gewährleistungs-

³⁹⁵ Vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 78; *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, S. 146.

³⁹⁶ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 – *Zambrano*; *Hailbronner/Thym*, Anmerkung zu Ruiz Zambrano, NJW 2011, S. 2008, 2009.

³⁹⁷ So *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 56/57 AEUV, Rn. 66; *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 318.

³⁹⁸ EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21, Tz. 30 – *Calfa*.

umfang des allgemeinen Freizügigkeitsrechts und dem aus den Grundfreiheiten erwachsenden Freizügigkeitsrecht Unterschiede bestehen. Diese Unterschiede führen dazu, dass – je nach Bejahung eines ausreichenden Marktbezuges – unterschiedliche Aufenthaltsregime zur Anwendung kommen.³⁹⁹

e) **Prognoseunsicherheiten über die anzuwendenden Maßstäbe**

Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs bietet wenig Prognosesicherheit über die Maßstäbe, die der EuGH auf einen konkreten Fall anwenden wird. Nach dem Wortlaut des Art. 18 AEUV ist das allgemeine Diskriminierungsverbot gegenüber dem besonderen Diskriminierungsverbot, der Dienstleistungsfreiheit, subsidiär. Gleiches gilt für das allgemeine Freizügigkeitsrecht gegenüber dem aus der passiven Dienstleistungsfreiheit fließenden Freizügigkeitsrecht.⁴⁰⁰ Ebenso tritt das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV als allgemeinere Vorschrift hinter der Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV zurück.⁴⁰¹

In der Rechtsprechung des EuGH im Tourismusbereich ist jedoch trotz dieser relativ klaren Spezialitätsverhältnisse häufig nicht vorhersehbar, welches der drei Rechte der EuGH bemühen wird. So prüfte er in der Rs. *Carpenter* die Dienstleistungsfreiheit, obwohl der Bezug des Aufenthaltsrechts der Ehefrau zum wirtschaftlichen Austausch der Dienstleistungen sehr gering ist und das allgemeine Freizügigkeitsrecht näher dran gewesen wäre.⁴⁰²

In der Rs. *Cowan*, in der der Bezug des Falles zum Austausch von Dienstleistungen mit dem in der Rs. *Carpenter* vergleichbar ist, prüfte der EuGH hingegen das allgemeine Diskriminierungsverbot und griff auf die Dienstleistungsfreiheit nur im Rahmen der Eröffnung des Anwendungsbereichs des allgemeinen Diskriminierungsverbots zurück.⁴⁰³ Sowohl in der Rs. *Calfa* als auch in der Rs. *Wijsenbeek*, die beide im Jahr 1999 entschieden wurden, standen die Regelungen zur Einreise in einen Mitgliedstaat der Union auf dem Prüfstand. In erstem Fall stellte der EuGH auf die passive Dienstleistungsfreiheit ab; im zweiten Fall griff er hingegen nur auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht zurück.⁴⁰⁴

³⁹⁹ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 771.

⁴⁰⁰ *Becker*, Freizügigkeit in der EU, EuR 1999, S. 522, 531; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 763/764; *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 60/61; *Kokott*, Die Freizügigkeit der Unionsbürger als neue Grundfreiheit, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann, Festschrift Tomuschat, S. 207, 216.

⁴⁰¹ *Kadelbach*, Die europäischen Bürgerrechte, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, S. 797, 810.

⁴⁰² EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 29ff. – *Carpenter*.

⁴⁰³ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, I-216 – *Cowan*; EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650 – *Bickel und Franz*.

⁴⁰⁴ EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21 – *Calfa*; EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6251 – *Wijsenbeek*; siehe dazu auch *Bulterman*, Anmerkung zur Rs. *Bickel und Franz*, CMLRev. 36 (1999), S. 1325, 1333.

Abgesehen von der Missachtung des beschriebenen Spezialitätsverhältnisses ist die Vermengung der drei Rechtssätze problematisch, weil die drei – wie nachfolgend dargestellt – Regelungen einen unterschiedlichen Gewährleistungsgehalt haben und die Voraussetzungen für die dienstleistungsbezogene Freizügigkeit andere sind als die Voraussetzungen für das allgemeine Freizügigkeitsrecht.⁴⁰⁵

aa) Vergleich der Gewährleistungsgehalte von Dienstleistungsfreiheit und allgemeinem Diskriminierungsverbot

Der Gewährleistungsgehalt der Dienstleistungsfreiheit und des allgemeinen Diskriminierungsverbotes ist unterschiedlich. Das allgemeine Diskriminierungsverbot schützt nur vor Diskriminierungen und wurde im Gegensatz zur Dienstleistungsfreiheit vom EuGH nicht zu einem Beschränkungsverbot entwickelt.⁴⁰⁶

Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit können nach Art. 52 Abs. 1 AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Außerdem steht für Beschränkungen und zum Teil auch für versteckte Diskriminierungen die Rechtfertigung über Ziele des Allgemeininteresses offen. Eingriffe in das allgemeine Diskriminierungsverbot sind nach der Rechtsprechung gerechtfertigt, soweit es sich um mittelbare Diskriminierungen handelt, objektive Gründe vorliegen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt ist.⁴⁰⁷ Früher ließ der EuGH eine Rechtfertigung von unmittelbaren Diskriminierungen im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes grundsätzlich nicht zu.⁴⁰⁸ In der neueren Rechtsprechung bejahte er die Möglichkeit der Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen mehrfach bei Vorliegen eines objektiven Grundes und Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁴⁰⁹ Diese Erweiterung der Rechtfertigungsmöglichkeiten passt zu der Ausdehnung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes durch die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages, sobald von der Freizügigkeit – auch ohne jeglichen wirtschaftlichen Bezug – Gebrauch gemacht wurde.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ *Becker*, Freizügigkeit in der EU, EuR 1999, S. 522, 531 und Fn. 73; *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, S. 264ff.; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 766.

⁴⁰⁶ *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 57; *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 20; *von Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn. 19; *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 12.

⁴⁰⁷ *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 59; *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 21; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 4001.

⁴⁰⁸ *von Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn. 22; *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar (2. Auflage), Art. 12 EGV, Rn. 55.

⁴⁰⁹ EuGH, Rs. C-122/96, Slg. 1997, I-5336, Tz. 26ff. – *Saldanha*; EuGH, Rs. C-524/06, Slg. 2008, I-9795, Tz. 74ff. – *Huber*; siehe auch *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 21; *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 59; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 4009.

⁴¹⁰ *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 24; *von Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn. 23.

Im Ergebnis haben die passive Dienstleistungsfreiheit und das allgemeine Diskriminierungsverbot somit nicht denselben Gewährleistungsgehalt, da sowohl Schutzbereich als auch Rechtfertigungsmöglichkeiten unterschiedlich sind.

bb) Vergleich der Gewährleistungsgehalte der Dienstleistungsfreiheit und des allgemeinen Freizügigkeitsrechts

Zunächst ist der Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Freizügigkeitsrechts zu bestimmen und dann der durch die Dienstleistungsfreiheit gewährten Freizügigkeit gegenüberzustellen. Das grundfreiheitliche Freizügigkeitsrecht ist als Annex zur Dienstleistungsfreiheit ein Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot. Eingriffe sind, ebenso wie bei der Dienstleistungsfreiheit, je nach Diskriminierungsform durch die in Art. 52 AEUV genannten Rechtfertigungsgründe oder durch Ziele im Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt.

aaa) Das allgemeine Freizügigkeitsrecht als Grundfreiheit

Der Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Freizügigkeitsrechts ist eng mit der Charakterisierung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts als Grundrecht oder Grundfreiheit verknüpft.⁴¹¹ Der EuGH ist in seiner Terminologie nicht eindeutig. Im Urteil *Zhu Chen* nennt er das allgemeine Freizügigkeitsrecht einerseits Grundrecht und andererseits Grundfreiheit.⁴¹² In den Rechtssachen *D’Hoop*, *Avello* und *Bidar* spricht er von einer Grundfreiheit.⁴¹³ Auch bei den Generalanwälten ist kein einheitliches Bild zu erkennen. Sie bezeichnen das allgemeine Freizügigkeitsrecht zum Teil als Grundrecht⁴¹⁴ und zum Teil als Grundfreiheit.⁴¹⁵ In der Literatur besteht ebenfalls Uneinigkeit.⁴¹⁶

Für eine Einordnung als Grundrecht wird oftmals vorgebracht, dass Art. 21 AEUV – ebenso wie die Grundrechte – keinen Bezug zu einer wirtschaftlichen Betätigung erfordere.⁴¹⁷ Mithin könne es sich nicht um eine Grundfreiheit handeln, da es die Kategorie „Grundfreiheit ohne Markt“ nicht gäbe.⁴¹⁸ Außerdem sei durch den seit dem Vertrag von

⁴¹¹ Siehe *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 83ff.

⁴¹² EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9951, Tz. 33/40 – *Zhu Chen*.

⁴¹³ EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6212, Tz. 29 – *D’Hoop*; EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11635, Tz. 24 – *Avello*; EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2151, Tz. 33 – *Bidar*.

⁴¹⁴ Generalanwalt *Tizzano*, Schlussantrag, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9927, Tz. 73 – *Chen Zhu*; Generalanwalt *Geelhoed*, Schlussantrag, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119, Tz. 45 – *Bidar*; ähnlich auch Generalanwalt *Cosmas* der von einem „individuellen Grundrecht“ spricht, Schlussantrag, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6209, Tz. 97 – *Wijsenbeek*.

⁴¹⁵ Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10453, Tz. 23 – *Tas Hagen*.

⁴¹⁶ Zum Teil wird auch vertreten, dass es sich bei der Freizügigkeit um ein Recht *sui generis* handle, *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, *EuR* 2006, S. 489, 498.

⁴¹⁷ *Hatje*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 21 AEUV, Rn. 1, 8; *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, S. 98.

⁴¹⁸ *Kadelbach*, Die Europäischen Bürgerrechte, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, S. 797, 811; *Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, in: *von Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht,

Lissabon geltenden Art. 45 der Grundrechtecharta, die Freizügigkeit ebenso wie alle anderen personenbezogenen Grundfreiheiten in den Status eines Grundrechtes erhoben worden.⁴¹⁹ Dem kann jedoch in dieser Einfachheit nicht gefolgt werden. Vielmehr gilt, dass die Freizügigkeit – neben ihrer Funktion als Grundfreiheit – nun auch den Status eines Grundrechtes erlangt hat.⁴²⁰ Dagegen wird angeführt, dass für eine Charakterisierung als Grundrecht spreche, dass der Bürger sich auch gegenüber seinem eigenen Staat auf die Freizügigkeit berufen könne. Demzufolge sei nicht nur die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit, sondern auch die persönliche Fortbewegungsfreiheit geschützt.⁴²¹ Das Argument überzeugt jedoch nicht, da der Bürger auch die Grundfreiheiten gegenüber seinem eigenen Staat geltend machen kann.⁴²²

Für die Einordnung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts als Grundfreiheit spricht, dass die Verträge außerhalb der Grundrechtecharta und den sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergebenden Grundrechten keine eigenen Grundrechte (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV) kennen.⁴²³ Des Weiteren richtet sich das allgemeine Freizügigkeitsrecht – ebenso wie klassische Grundfreiheiten – an die Mitgliedstaaten. Europäische Grundrechte richten sich demgegenüber im Regelfall an die Europäische Union. Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Grundrechtecharta sind Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts auch Adressaten der Grundrechte. Die Beschränkung der Anwendung des Freizügigkeitsrechts auf Situationen, in denen die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen, würde die Zielsetzung der möglichst umfassenden Geltung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts konterkarieren.⁴²⁴ Dementsprechend versteht auch *Calliess* das Freizügigkeitsrecht als eine Art politische Grundfreiheit, die sich von den typischen ökonomischen Bezügen emanzipiert hat.⁴²⁵ Eine ähnliche Terminologie

S. 611, 627 mit Anspielung auf die Dissertation von Wollenschläger die unter dem Titel „Grundfreiheit ohne Markt“ veröffentlicht wurde.

⁴¹⁹ *Magiera*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV, Rn. 10; so wohl auch von *Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 322; darauf hinweisend letztlich jedoch einer Einordnung als Grundfreiheit vertretend auch *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 379.

⁴²⁰ *Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, 572.

⁴²¹ *Strunz*, Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union, S. 73; siehe dazu auch *Kadelbach*, Unionsbürgerrechte, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, S. 797, 811f.

⁴²² EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530 – Ciola.

⁴²³ *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, EuR Beiheft 1/2007, S. 7, 25.

⁴²⁴ Vgl. *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 83.

⁴²⁵ *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, EuR Beiheft 1/2007, S. 7, 26; ebenfalls für Einordnung als Grundfreiheit; *Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, 572; *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 83; *Wollenschläger*, vergleiche bereits den Titel seiner Dissertation „Grundfreiheit ohne Markt“; *Huber*, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, ZaöRV 68 (2008), S. 307, 319; *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005,

findet *Scheuing*, der ohne weitere Begründung von einer unionsbürgerlichen Grundfreiheit spricht.⁴²⁶ Auch der Zweck der allgemeinen Freizügigkeit zur Verwirklichung der Vertragsziele der Europäischen Union spricht für eine Einordnung als Grundfreiheit. Art. 21 AEUV dient der allgemeinen Bewegungsfreiheit der Bürger im Binnenmarkt und trägt somit – ebenso wie die klassischen Grundfreiheiten – zur Realisierung des Binnenmarktes bei.⁴²⁷ Grundrechte hingegen sind eher Gegenpol zum Handeln der Europäischen Union.⁴²⁸

Im Ergebnis ist somit das allgemeine Freizügigkeitsrecht in Art. 21 AEUV als Grundfreiheit oder zumindest grundfreiheitsähnliches Recht einzuordnen.

bbb) Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Freizügigkeitsrechts

(1) Schutzbereich

Das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV garantiert das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Dieses Recht ist auch jenseits der Inländergleichbehandlung geschützt und kann somit auch gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat geltend gemacht werden.⁴²⁹ Ebenso wie die Grundfreiheiten erfordert Art. 21 AEUV einen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Allerdings wendet der EuGH das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements im Rahmen des Freizügigkeitsrechts tendenziell großzügiger an als bei einer Grundfreiheitenprüfung.⁴³⁰ Dies verdeutlichen insbesondere die beiden neueren Urteile in den Rs. *Rottmann* und *Zambrano*, in denen der Gerichtshof für einen gewissen Kernbestand an Rechten, zu dem auch Art. 21 AEUV gehört, auf einen grenzüberschreitenden Bezug verzichtet.⁴³¹ Obwohl auch bei den Grundfreiheiten in der Rechtsprechung die Tendenz besteht, das

S. 658, 672; *Graf von Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550, 557; *Schönberger*, Unionsbürger, S. 328.

⁴²⁶ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, 744, 745; vgl. auch *Kokott*, die von einer „eigenständigen Grundfreiheit“ spricht *Kokott*, Die Freizügigkeit der Unionsbürger als neue Grundfreiheit, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann, Festschrift Tomuschat, S. 207, 214.

⁴²⁷ *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 658, 673.

⁴²⁸ *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 84; *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 658, 672; *Huber*, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, ZaöRV 68 (2008), S. 307, 319.

⁴²⁹ *Huber*, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, ZaöRV 68 (2008), S. 307, 316; *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489, 492.

⁴³⁰ EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9951, Tz. 19 – *Zhu Chen*; EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11635, Tz. 27 – *Avello*; *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 658, 674; *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489, 493.

⁴³¹ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 – *Zambrano*; EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-1449 – *Rottmann*.

grenzüberschreitende Element zu vernachlässigen,⁴³² dürfte im Ergebnis der Anwendungsbereich des allgemeinen Freizügigkeitsrechts weiter sein als der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, da zum Teil auf das grenzüberschreitende Element vollständig verzichtet wird.

(2) Beeinträchtigung

Fraglich ist, ob Art. 21 AEUV ebenso wie die Grundfreiheiten ein Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot umfasst. Einige Generalanwälte sehen das Freizügigkeitsrecht als Beschränkungsverbot. In seinen Schutzbereich sollen alle Maßnahmen fallen, die das allgemeine Freizügigkeitsrecht beeinträchtigen oder sonst ein Hindernis darstellen, welches vom Gebrauch des Rechts abhalten könnte.⁴³³ Der Gerichtshof bezieht in seiner Rechtsprechung nicht eindeutig Stellung, deutet jedoch immer wieder die Einordnung als Beschränkungsverbot an.⁴³⁴ Auch in der Literatur wird das Freizügigkeitsrecht in der Regel als Beschränkungsverbot aufgefasst.⁴³⁵ Andere argumentieren, dass die Differenzierung in die von den Grundfreiheiten bekannten Kategorien Diskriminierung und Beschränkung nicht auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht zu übertragen sei, da der Gerichtshof eine solche Unterscheidung bei der Prüfung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts nicht ausdrücklich vornehme.⁴³⁶ Einigkeit besteht aber insofern, dass – unabhängig von den Begrifflichkeiten Diskriminierung und Beschränkung – maßgeblich ist, ob eine durch Art. 21 AEUV gewährte Rechtsposition in irgendeiner Weise beeinträchtigt wird.⁴³⁷ Dies entspricht einem Beeinträchtigungsbegriff der bloße Beschränkungen umfasst. Im Ergebnis dürfte das allgemeine Freizügigkeitsrecht somit ein Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot sein.

⁴³² Siehe oben unter Kapitel 3, B., I., 2., a), dd), bbb) und EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305 – Carpenter.

⁴³³ Generalanwältin Kokott, Schlussantrag, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10453, Tz. 50 – Tas Hagen.

⁴³⁴ EuGH, Rs. C-406/04, Slg. 2006, I-6971, Tz. 39 – De Cuyper; EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6212, Tz. 29 – D’Hoop; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 299; Graf von Vitzthum, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550, 557.

⁴³⁵ Siehe unter anderem: Strunz, Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union, S. 66; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 300; von Bogdandy/Bitter, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 320ff.; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 4122; Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV, Rn. 6; Scheuing, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 780; Streinz, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 8.

⁴³⁶ Kubicki, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489, 494 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7136, Tz. 93 – Baumbast; EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9951, Tz. 33 – Zhu Chen; EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6251, Tz. 41 – Wijsenbeek.

⁴³⁷ Kubicki, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489, 495.

(3) Rechtfertigungsmöglichkeiten

Da einer Unterscheidung bei Eingriffen in das Freizügigkeitsrecht zwischen Diskriminierungen und Beschränkungen nicht vorgenommen wird, sind die Eingriffe grundsätzlich an einem einheitlichen Schrankenvorbehalt zu messen.⁴³⁸

Gemäß Art. 21 AEUV steht das Freizügigkeitsrecht unter dem Vorbehalt der in den Verträgen und den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Das Freizügigkeitsrecht unterliegt somit weitergehenden Einschränkungen als die grundfreiheitlichen Freizügigkeitsrechte, da diese einen solchen allgemeinen Vorbehalt nicht kennen.⁴³⁹

Die Rechtfertigung von Beschränkungen ist nach der Rechtsprechung möglich, wenn die Maßnahme „auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresse beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht rechtmäßigerweise verfolgten Zweck stehen“.⁴⁴⁰ Unter anderem wird der *Ordre public*-Vorbehalt unter die in den Verträgen vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen subsumiert.⁴⁴¹ Dieser besteht gemäß Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i. V. m. 52 Abs. 1 AEUV ebenso für Personenverkehrsfreiheiten und ist bezüglich des Aufenthaltsrechts in der Richtlinie 2004/38/EG konkretisiert.⁴⁴² Der *Ordre public*-Vorbehalt umfasst Rechtfertigungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit und wird vom Gerichtshof eng ausgelegt.⁴⁴³ Am Wichtigsten ist in der Praxis der Vorbehalt der sozialen Absicherung, der im Sekundärrecht in der Richtlinie 2004/38 enthalten ist.⁴⁴⁴ Gemäß Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2004/38 soll

⁴³⁸ *Huber*, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, *ZaöRV* 68 (2008), S. 307, 317; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 145 ff.

⁴³⁹ *Kingreen*, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Huber, *Europarecht Beiheft* 1/2007, S. 43, 55.

⁴⁴⁰ EuGH, Rs. C-406/04, Slg. 2006, I-6971, Tz. 40 – De Cuyper; EuGH, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10471, Tz. 33 – Tas-Hagen.

⁴⁴¹ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, *EuR* 2003, S. 744, 767.

⁴⁴² *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 131; *Strunz*, Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union, S. 173.

⁴⁴³ EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7136, 7168 Tz. 91 – Baumbast; EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, I-9951, Tz. 32 – Zhu Chen; *Huber*, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, *ZaöRV* 68 (2008), S. 307, 317; *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 131, *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 161.

⁴⁴⁴ *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, *EuR* 2006, S. 489, 495. RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. EU Nr. L 158, S. 77. Darüber hinaus bestehen noch weitere Schranken: Eine eher formale Schranke, ist das Erfordernis, der Anmeldung im Aufenthaltsstaat bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten nach der RL 2004/38/EG. Gemäß Art. 8 ist die rein deklaratorische Anmeldebescheinigung zu erteilen, wenn alle Aufenthaltsvoraussetzungen vorliegen, vgl. auch *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 161/188; außerdem besteht noch der Missbrauchsvorbehalt in Art. 35 der RL 2004/38/EG wonach die Mitgliedstaaten die in der RL verliehenen Rechte im Falle eines Rechtsmissbrauchs oder Betrugs verweigern, aufheben oder widerrufen dürfen, sofern dies verhältnismäßig wäre.

keine Ausweisung erfolgen, solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen. Die Solidargemeinschaft soll hierdurch vor einer finanziellen Überforderung und innergemeinschaftlichen Sozialtourismus in die Mitgliedstaaten mit hohem Sozialstandard geschützt werden.⁴⁴⁵ Demnach sind – im Unterschied zu den Grundfreiheiten – wirtschaftliche Erwägungen bei der allgemeinen Freizügigkeit nicht per se von jeglicher Rechtfertigung ausgeschlossen.⁴⁴⁶ Abschließend müssen die das allgemeine Freizügigkeitsrecht beschränkenden Maßnahmen verhältnismäßig sein.⁴⁴⁷

Mithin sind Beeinträchtigungen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts eher der Rechtfertigung zugänglich als Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit.

(4) Fazit

Obwohl die Dienstleistungsfreiheit und das allgemeine Freizügigkeitsrecht beide als Grundfreiheiten oder zumindest grundfreiheitsähnliche Rechte zu klassifizieren sind, fällt ihr Gewährleistungsgehalt nach der Rechtsprechung des EuGH im Tourismusbereich auch in anderen Aspekten als dem Erfordernis einer wirtschaftlichen Betätigung auseinander. So ist der EuGH bei der Prüfung des grenzüberschreitenden Bezugs des Sachverhalts im Rahmen des Art. 21 AEUV sehr nachlässig und verzichtet teilweise sogar vollständig darauf. Der Schutzzumfang vor möglichen Beeinträchtigungen ist im Ergebnis identisch, auch wenn die Beeinträchtigungskategorien der Dienstleistungsfreiheit nicht direkt auf Art. 21 AEUV übertragbar seien mögen. Auf Rechtfertigungsebene besteht ein gewichtiger Unterschied darin, dass bei Art. 21 AEUV die verfügbaren Rechtfertigungsgründe einheitlich auf Diskriminierungen und Beschränkungen angewendet werden. Bei der Dienstleistungsfreiheit wird hingegen für die Anwendung der unterschiedlichen Rechtfertigungsgründe strikt zwischen Diskriminierungen und Beschränkungen differenziert. Außerdem besteht bei Art. 21 AEUV durch den Vorbehalt der sozialen Absicherung ein Rechtfertigungsgrund, der wirtschaftliche Interessen des Mitgliedstaates einbezieht. Bei der Dienstleistungsfreiheit wird die Rechtfertigung von Maßnahmen, die (auch) wirtschaftlichen Interessen dienen, demgegenüber pauschal ausgeschlossen.

⁴⁴⁵ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 770.

⁴⁴⁶ *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 132; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 771; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 164ff. mit Kritik an den ökonomischen Rechtfertigungsmöglichkeiten.

⁴⁴⁷ Zu den Abwägungselementen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit siehe: EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 – Grzelczyk; EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7136, Tz. 91 – Baumbast; *Kokott*, Die Freizügigkeit der Unionsbürger als neue Grundfreiheit, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/ Sommermann, Festschrift Tomuschat, S. 207, 215; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 170ff; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 774, *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 134.

Durch diese Unterschiede im Gewährleistungsgehalt muss sich im Voraus bestimmen lassen, ob eine nationale Maßnahme anhand der Dienstleistungsfreiheit, des allgemeinen Diskriminierungsverbots oder des allgemeinen Freizügigkeitsrechts überprüft wird. Außerdem hat das aus der Dienstleistungsfreiheit entspringende Freizügigkeitsrecht wegen des vom allgemeinen Freizügigkeitsrecht abweichenden Gewährleistungsgehalts auch nach der Einführung der Unionsbürgerschaft noch eine eigenständige Bedeutung.

cc) Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages in Art. 18 AEUV durch die Dienstleistungsfreiheit und das allgemeine Freizügigkeitsrecht

Sowohl die Dienstleistungsfreiheit als auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht werden zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes herangezogen. Obwohl die Zulässigkeit der in Frage stehenden Maßnahme anhand des allgemeinen Diskriminierungsverbots geprüft wird, besteht ein materieller Unterschied in der Eröffnung des Anwendungsbereichs durch die passive Dienstleistungsfreiheit einerseits und das allgemeine Freizügigkeitsrecht andererseits. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht kann den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nur so weit eröffnen, wie es selbst reicht.⁴⁴⁸ Seine Gewährleistung steht unter dem Vorbehalt der Beschränkungen und Bedingungen der Verträge. Die aufenthaltsrechtlichen Bedingungen sind daher in die Prüfung der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nach Art. 18 AEUV einzubeziehen.⁴⁴⁹ Demzufolge wirkt es sich beim allgemeinen Diskriminierungsverbot auch aus, dass bei Beeinträchtigungen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts eher die Möglichkeit einer Rechtfertigung als bei Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit besteht.

Es besteht somit auch im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes die Notwendigkeit, eine klare Abgrenzung zwischen dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht und der Dienstleistungsfreiheit zu finden.

f) Auswirkung des Unionsrechts auf Bereiche mitgliedstaatlicher Kompetenz

Durch die von den Urteilen der Rechtsprechung ausgehende negative Integration erstrecken sich die Auswirkungen des Unionsrechts auf Sachbereiche, die eigentlich der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit unterfallen. Beispielhaft verdeutlichen dies die Urteile in den Rs. *Cowan*, *Calfa* und *Bickel und Franz* bezüglich des Straf- und Strafverfahrens-

⁴⁴⁸ Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 43, 59.

⁴⁴⁹ Martinez Soria, Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen, JZ 2002, S. 643, 646; Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 43, 67.

rechts und die Urteile *Carpenter* und *Calfa* bezüglich des Aufenthaltsrechts.⁴⁵⁰ Aber auch auf das Steuerrecht übt die negative Integration – wie oben dargestellt – über die Rechtsprechung erheblichen Einfluss aus.⁴⁵¹ Des Weiteren wird die Kulturpolitik durch die Rechtsprechung des EuGH überformt.⁴⁵² Die Einflussnahme geht im Staatsangehörigkeitsrecht sogar so weit, dass sie die Bestimmung der Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat betrifft.⁴⁵³ Dadurch werden die Handlungsoptionen der Mitgliedstaaten auch in Bereichen stetig verengt, in welchen die Regelungskompetenz eigentlich bei ihnen liegt.

4. Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit spielt im Bereich des Tourismus eine eher untergeordnete Rolle. In einem die Niederlassungsfreiheit betreffenden Urteil hat der EuGH allerdings erstmals die Förderung des Tourismus als ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung anerkannt. Nach österreichischem Recht war die Erteilung der Konzession für eine touristischen Zwecken dienende Buslinie unter anderem davon abhängig, ob das bereits bestehende Konkurrenzunternehmen auf der Strecke durch den zusätzlichen Anbieter noch rentabel und wirtschaftlich ungefährdet bleibt. In der Rs. *Yellow Cab* führte der Gerichtshof aus, dass Einschränkungen des Betriebs von Kraftfahrlinien unter anderem mit dem im Allgemeininteresse liegenden Ziel der Förderung des Tourismus gerechtfertigt werden kann.⁴⁵⁴ Die wirtschaftliche Betriebsfortführung eines Konkurrenzunternehmens zu gewährleisten, sei hingegen ein rein wirtschaftliches Ziel und keiner Rechtfertigung zugänglich.⁴⁵⁵ Die Anerkennung der Förderung des Tourismus als ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund mag auch im Zusammenhang mit der Einführung der Tourismuskompetenz durch den Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 stehen.

5. Kapitalverkehrsfreiheit

Die Kapitalverkehrsfreiheit kommt bei Touristen vor allem in Fällen des Immobilien- und Grundstückserwerbs für Ferienwohnungen zum Tragen.⁴⁵⁶ Die Kapitalverkehrsfreiheit umfasst auch das Recht auf Immobilieninvestitionen und somit den ungehinderten Erwerb

⁴⁵⁰ EuGH, Rs. 186/87, Slg. 1989, I-216 – Cowan; EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21 – Calfa; EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650 – Bickel und Franz; EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305 – Carpenter.

⁴⁵¹ EuGH, Rs. C-169/08, Slg. 2008, I-10821 – Presidente del Consiglio dei Ministri.

⁴⁵² EuGH, Rs. 45/93, Slg. 1994, S. 916 – Spanische Museen; EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732 – Dogenpalast; siehe zur Kulturpolitik auch *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193, 215.

⁴⁵³ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-1449 – Rottmann.

⁴⁵⁴ EuGH, Rs. C-338/09, Slg. 2010, I-13927, Tz. 50 – *Yellow Cab*.

⁴⁵⁵ EuGH, Rs. C-338/09, Slg. 2010, I-13927, Tz. 51ff. – *Yellow Cab*.

⁴⁵⁶ Siehe neben dem untenstehend besprochenen Fall *Konle* zum Grundstückserwerb auch die Rs. *Albore* aus der sich jedoch keine Besonderheiten für die negative Integration im Tourismusbereich ergeben, EuGH, Rs. C-423/98, Slg. 2000, I-5995 – *Albore*.

von Zweitwohnungen.⁴⁵⁷ Art. 63 Abs. 1 AEUV verbietet alle Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs. In der Rs. *Konle* war nach Tiroler Landesgesetzen dem Erwerb von Baugrundstücken ein Genehmigungsverfahren vorgeschaltet, nach dem Anträge von EU-Ausländern einer intensiveren Prüfung unterzogen wurden als Anträge von Österreichern.⁴⁵⁸ Der Gerichtshof hat in dem Genehmigungsverfahren eine Beschränkung erkannt, die – solange sie nicht diskriminierend angewandt wird – zulässig ist, wenn sie im Allgemeininteresse liegenden raumplanerischen Zielen, wie der Erhaltung einer dauerhaft ansässigen Bevölkerung und einer in einigen Gebieten vom Tourismus unabhängigen Wirtschaftstätigkeit dient und verhältnismäßig ist.⁴⁵⁹ Auffallend ist, dass der EuGH das Ziel, eine vom Tourismus unabhängige Wirtschaftstätigkeit zu sichern, weder als wirtschaftliches Interesse qualifiziert noch als validen Rechtfertigungsgrund ablehnt. Somit ist er im Vergleich zur Rs. *Ciola* bei der Anerkennung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe großzügiger. In der Rs. *Ciola* hingegen wurde das Ziel, die Teilhabe der Bevölkerung an den Freizeitmöglichkeiten vor Ort zu sichern, pauschal als wirtschaftliches Interesse abgetan ohne den sozialen und umweltpolitischen Hintergrund der Maßnahme zu würdigen.⁴⁶⁰ Im Ergebnis bejaht der EuGH allerdings im Fall *Konle* angesichts der Diskriminierungsgefahr und der Unverhältnismäßigkeit einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.⁴⁶¹

II. Rechtsprechung zu allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts

Nicht nur zu den Diskriminierungsverboten und Freizügigkeitsrechten hat der EuGH Urteile im Bereich des Tourismus erlassen. Auch die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts entwickelte er im Sinne der negativen Integration durch die Rechtsprechung im Tourismusbereich fort. Insbesondere finden Eingriffe in das Staatshaftungs- und Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten auch dann statt, wenn die Mitgliedstaaten nicht als verwaltungsorganisatorischer Arm der Union Unionsrecht tätig sind.

1. Rechtsprechung zur Staatshaftung

In den Rs. *Dillenkofer* und *Rechberger*, die anlässlich der Umsetzung der Pauschalreise-richtlinie ergingen, formulierte der EuGH wichtige Präzisierungen zum europäischen Staatshaftungsrecht. Danach liegt ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht als Voraussetzung für die Staatshaftung grundsätzlich vor, wenn eine

⁴⁵⁷ EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3122, Tz. 22 – *Konle*; EuGH, Rs. C-423/98, Slg. 2000, I-5995, Tz. 14 – *Albore*; *Glöckner*, Grundverkehrsbeschränkungen und Europarecht, EuR 2000, S. 592, 606.

⁴⁵⁸ EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3122, Tz. 41 – *Konle*; vgl. auch *Hofstötter*, Zweitwohnsitze in Tirol, Anmerkung zu *Konle*, European Law Reporter 1999, S. 328, 329.

⁴⁵⁹ EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3122, Tz. 40 – *Konle*.

⁴⁶⁰ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 16 – *Ciola*.

⁴⁶¹ EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3122, Tz. 49 – *Konle*.

Richtlinie nicht fristgerecht umgesetzt wurde⁴⁶² und wenn bei nicht ordnungsgemäßer Richtlinienumsetzung ein Mitgliedstaat seine Rechtsetzungsbefugnis offenkundig und erheblich überschritten hat.⁴⁶³ Des Weiteren entschied der EuGH anhand der Rs. *Konle*, dass Staatshaftung sich auch aus dem Verstoß gegen die Grundfreiheiten, also dem Primärrecht, ergeben kann.⁴⁶⁴ Jeder Mitgliedstaat muss den wirksamen Schutz aller Rechte ermöglichen, die dem einzelnen aufgrund Gemeinschaftsrechts zustehen.⁴⁶⁵

Die beschriebene Rechtsprechung zur Staatshaftung ist dem Modus der negativen Integration zuzuordnen. Denn Sinn der Staatshaftung auf europäischer Ebene ist nicht primär, dem einzelnen Bürger seinen Schaden zu ersetzen, sondern die Geltung des europäischen Primär- und Sekundärrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht zu gewährleisten.⁴⁶⁶ Diese Zuordnung gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass der Gerichtshof durch die Ausgestaltung der Staatshaftung einen Bereich regelt, in dem der Rat nicht zur entsprechenden Rechtsetzung durch Sekundärrechts berechtigt gewesen wäre.⁴⁶⁷

2. Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor konkret-individuellen Entscheidungen

Der EuGH entwickelte in der Rs. *Ciola* allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Demnach gilt der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts nicht nur vor abstrakt-generellen Rechtsvorschriften, sondern auch vor konkret-individuellen Verwaltungsentscheidungen. Dadurch kann in bestimmten Situationen der Grundsatz der Bestandskraft von Verwaltungsakten durchbrochen werden.⁴⁶⁸ Eine Durchbrechung ist möglich, wenn der bestandskräftige Verwaltungsakt zu einer Zeit ergangen ist, als der Staat noch nicht Mitglied der Europäischen Union war und deshalb der Verwaltungsakt noch nicht gegen Unionsrecht verstieß.⁴⁶⁹ Da für den Betroffenen keine Möglichkeit bestand, den Eintritt der Bestandskraft zu verhindern, darf selbige einer nachträglichen Durchsetzung der unionsrechtlich garantierten Rechtsposition nicht im Wege stehen.⁴⁷⁰ Auch diese Rechtspre-

⁴⁶² EuGH, verb. Rs. C-178, 188, 189 und 190/94, Slg. 1996, I-4867, Tz. 26 – Dillenkofer.

⁴⁶³ EuGH, Rs. C-140/97, Slg. 1999, I-3522, Tz. 40 – Rechberger.

⁴⁶⁴ *Weber*, Neue Konturen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Konle*, NVwZ 2001, S. 287.

⁴⁶⁵ EuGH, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3122, Tz. 62/63 – *Konle*.

⁴⁶⁶ *Scharpf*, Negative und positive Integration, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 49, 57.

⁴⁶⁷ *Dänzer-Vanotti*, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1992, S. 733, 740.

⁴⁶⁸ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 32 – *Ciola*.

⁴⁶⁹ Siehe auch die Anmerkung von *Schilling*, Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, EuZW 1999, S. 407; *Gundel*, Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische, EuR 1999, S. 781, 786.

⁴⁷⁰ Vgl. *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH, Vorbemerkung zu Fall 9, S. 21; *Gundel*, Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische, EuR 1999, S. 781, 787; vgl. auch *Kahl*, Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber „rechtskräftigen“ Bescheiden, in: *Hummer*, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, S. 267, 273.

chung ist als negative Integration zu charakterisieren, da sie den Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht erweitert und der Verfolgung der Ziele der Union ohne Rechtsetzung durch die europäischen Legislativorgane dient.

III. Fazit zur negativen Integration durch Rechtsprechung des EuGH

Die negative Integration wurde durch die Rechtsprechung des EuGH im Tourismusbereich zu den transnationalen Integrationsnormen und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts entschieden vorangetrieben. Die Rechtsprechung stärkt die Rechte des einzelnen Touristen in nahezu allen untersuchten Entscheidungen. Hinter dem Schild der Gewährung des Individualrechtsschutzes führt dies zur Herausbildung einer Rechtsordnung, bei welcher die Schranken im zwischenstaatlichen Handel weitgehend abgebaut und die Einflussnahme des Europarechts in die staatlichen Regelungen stetig verstärkt werden.

Dies wird insbesondere im Bereich der Dienstleistungsfreiheit deutlich. Der Gerichtshof etablierte neue und über den Wortlaut des Art. 56 AEUV hinausgehende Typen der Dienstleistungsfreiheit, wie die passive Dienstleistungsfreiheit und die auslandsbedingte Dienstleistung. Außerdem wurde die passive Dienstleistungsfreiheit auch angewendet, wenn nur die potentielle Möglichkeit besteht, Dienstleistungen in Empfang zu nehmen.⁴⁷¹

Des Weiteren entwickelte der EuGH die Dienstleistungsfreiheit von einem Diskriminierungsverbot zu einem Beschränkungsverbot an dem nicht nur direkt dienstleistungsbezogene Regelungen, sondern auch Umfeldregelungen zu messen sind. Rechtfertigungsgründe legte er hingegen eng aus und wandte sie in der Tendenz restriktiv und uneinheitlich auf unterschiedliche Diskriminierungsformen an.⁴⁷² Außerdem betonte er zum Teil den (auch) wirtschaftlichen Hintergrund einer nationalen Maßnahme, um so die Rechtfertigung der Maßnahme pauschal auszuschließen. Der Gerichtshof hat somit auf Basis der Dienstleistungsfreiheit eine Art Tourismusfreiheit entwickelt.⁴⁷³

Neben der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit lies der EuGH in die passive Dienstleistungsfreiheit ein begleitendes Aufenthaltsrecht hinein. Dieses gewährt Touristen für die Dauer des Konsums von Dienstleistungen ein umfangreiches Aufenthaltsrecht, welches auch dann anwendbar ist, wenn der Konsum von Dienstleistungen nicht Hauptzweck der Reise ist.⁴⁷⁴ Bemerkenswerterweise etablierte der Gerichtshof dieses grundfreiheitliche Aufenthaltsrecht vor der Einführung der Unionsbürgerschaft und

⁴⁷¹ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, Tz. 10 – *Luisi und Carbone*; EuGH, Rs. C-68/89, Slg. 1991, I-2651, Tz. 10 – *KOM/Niederlande*; EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650, Tz. 14ff. – *Bickel und Franz* hinsichtlich der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages durch die passive Dienstleistungsfreiheit; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, 744, 752.

⁴⁷² EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 14 – *Ciola*.

⁴⁷³ *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, Art. 195 AEUV, Rn. 2.

⁴⁷⁴ *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, § 11, S. 725.

der mit ihr verbundenen allgemeinen Freizügigkeit im Vertrag. Der EuGH behandelte den Touristen sozusagen als einen Pionier der Freizügigkeit.⁴⁷⁵ Wie aufgezeigt, verliert diese Vorgehensweise des Gerichtshofs durch die Einführung der Unionsbürgerschaft nicht ihre Brisanz, da das dienstleistungsspezifische Freizügigkeitsrecht nur zum Teil durch die Einführung der Unionsbürgerschaft und der mit ihr verbundenen allgemeinen Freizügigkeit ersetzt wurde.⁴⁷⁶

Ferner entsteht durch die Erweiterungen der Grundfreiheiten, des Freizügigkeitsrechts und des allgemeinen Diskriminierungsverbots eine Unvorhersehbarkeit der anzuwendenden Normen und der sich daraus ergebenden Gewährleistungen.

Darüber hinaus nimmt die Rechtsprechung indirekt Einfluss auf die Tourismuspolitik und angrenzende Fachgebiete, wie die Gesundheitspolitik, die Kulturpolitik, das Strafprozessrecht und das Aufenthaltsrecht, obwohl in diesen Bereichen nach der Kompetenzverteilung kein oder nur ein geringer Einfluss der Union vorgesehen war.⁴⁷⁷ Somit hat die tourismusbezogene Rechtsprechung des EuGH einen viel größeren Wirkungskreis als dies nach der Bedeutung der Tourismuspolitik in der Union zu vermuten gewesen wäre. Die Einflussnahme der Rechtsprechung in diesem Bereich beschränkt sich nicht nur auf Sachverhalte mit Bezug zu den Grundfreiheiten oder der Freizügigkeit. Auch im Bereich des Staatshaftungsrechts und des allgemeinen Verwaltungsrechts ist die tourismusbezogene Rechtsprechung des Gerichtshofs progressiv und führt zu einer Vertiefung der Integration.

Kapitel 4: Positive Integration im Tourismusbereich

Den Gegenpol zur negativen Integration bildet die positive Integration. Nach der oben getroffenen Umschreibung dieses Begriffs handelt es sich dabei um Integration, die in Ausübung wirtschaftspolitischer und regulativer Kompetenzen auf der Ebene der größeren wirtschaftlichen Einheit stattfindet und welcher folgende Charakteristika zuzuordnen sind: Tätigwerden der rechtsetzenden Organe der Union, in der Tendenz eher marktregulierend, Sekundärrecht, Ausnahmen und Erlaubnisse von Verboten, Rechtsakte mit Gültigkeit für die Allgemeinheit sowie Schaffung einer einheitlichen neuen Regelung.

⁴⁷⁵ *Tichadou*, Der Schutz der Touristen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZEuS 2002, S. 299, 319.

⁴⁷⁶ Siehe oben unter: Kapitel 3, B., I., 2., c) sowie unten unter: Kapitel 4, B., IV., 3., d).

⁴⁷⁷ Vgl. *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ 50 (1986), S. 193, 215 mit Verweis auf das Urteil des EuGH, Rs. 293/83, Slg. 1985, I-606 – *Gravier* im Bereich der Kulturpolitik; vgl. auch *Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 7; *Wolf-Niedermaier*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik, S. 196.

A. Positive Integration durch Primärrecht

Primärrecht erschafft die übergeordnete Einheit, welche im Rahmen der positiven Integration ihre wirtschaftspolitischen oder regulatorischen Kompetenzen ausübt. Von den meisten Autoren unbeachtet ist bisher die Frage geblieben, ob Primärrecht Elemente der positiven Integration enthält.

I. Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot

Die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot sind der Ansatzpunkt des Gerichtshofs für die auf Marktöffnung gerichteten Entscheidungen.⁴⁷⁸ Die negative Integration durch die Rechtsprechung des EuGH vollzieht das Primärrecht.⁴⁷⁹ Konzentriert man sich hingegen auf die Entstehungsgeschichte der primärrechtlichen Regelungen, erscheint es nicht abwegig, dem Primärrecht auch Elemente der positiven Integration zuzuschreiben. Wie bereits ausgeführt, kann positive Integration marktschaffende und marktkorrigierende Wirkung entfalten. Die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot waren bereits im Gründungsvertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft enthalten. Die Regelungen stammen direkt von der größeren wirtschaftlichen Einheit, einer verfassungsgebenden Gewalt, die von den Mitgliedstaaten ausgeübt wird. Die Normen sind durch einen auf politischer Ebene gefundenen Konsens entstanden. Die Mitgliedstaaten hatten zum Zeitpunkt der Gründung allerdings nicht vor Augen, dass die Grundfreiheiten durch die extensive Auslegung des Gerichtshofs sowie die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit und zum Vorrang des Unionsrechts ihre heutige Bedeutung erlangen würden.⁴⁸⁰ Deshalb hatten sie weitere politische Entscheidungen zur Durchsetzung der Grundfreiheiten vorgesehen. Beispielsweise ermächtigten sie die Gemeinschaft im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zum Erlass von Sekundärrecht (Art. 63 EWGV, Fassung von 1957).⁴⁸¹ Das aufgrund dieser Ermächtigung erlassene Sekundärrecht ist der positiven Integration zuzuordnen.⁴⁸² Die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot selbst sind jedoch als negative Integration zu klassifizieren. Ausschlaggebend dafür ist letztlich, dass selbige erst durch die Rechtsprechung des EuGH ihre Wirkung entfalten. Außerdem besteht ihre übergeordnete Funktion in der Abschaffung

⁴⁷⁸ Cremer, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 76; Behrens, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 44.

⁴⁷⁹ Grimm, Die Zukunft der Verfassung II, S. 269.

⁴⁸⁰ Scharpf, Negative und positive Integration, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 49, 65 bezüglich der Regelungen zum Wettbewerbsrecht; Schneider, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, *NJ* 1996, S. 512.

⁴⁸¹ Vgl. auch Scharpf, Negative und positive Integration, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 49, 65 bezüglich der Regelungen zum Wettbewerbsrecht.

⁴⁸² Siehe dazu unten unter Kapitel 4, B., IV., 2.; Ress, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, S. 36.

von Hindernissen für den Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten ohne diese durch neue einheitliche Regelungen zu ersetzen.⁴⁸³

II. Unionsbürgerliche Freizügigkeit

Auch bei der unionsbürgerlichen Freizügigkeit ist nach ihrer Entstehungsgeschichte die Zuordnung zur positiven Integration nicht per se ausgeschlossen. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht war nicht von Anfang in den Römischen Verträgen enthalten, sondern wurde mit dem Vertrag von Maastricht durch die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge eingeführt.⁴⁸⁴ Der Einführung gingen seit den siebziger Jahren verschiedene Initiativen auf europäischer Ebene zur Ausgestaltung eines Europas der Bürger voraus.⁴⁸⁵ Die primärrechtliche Verankerung des im Komplex der Unionsbürgerschaft enthaltenen Freizügigkeitsrechts war insbesondere von der Rechtsprechung des EuGH und bereits ergangenen Sekundärrecht geprägt. So hatte der EuGH in den Fällen *Luisi und Carbone* (1984) und *Cowan* (1989) ein rollenabhängiges Freizügigkeitsrecht für Touristen etabliert.⁴⁸⁶ Auch im Sekundärrecht bestanden seit 1990 verschiedene Regelungen, die ein Aufenthaltsrecht für bestimmte Personengruppen sicherten, wie Studenten, Rentner oder sonstige nicht schon anderweitig aufenthaltsberechtigte Personen und deren Familienangehörigen.⁴⁸⁷ Die Tatsache, dass das primärrechtliche Freizügigkeitsrecht bereits im Sekundärrecht etablierte Regelungen aufnimmt und diese gewissermaßen primärrechtlich kodifiziert, könnte als Element positiver Integration gewertet werden. Allerdings geht die primärrechtliche Regelung über die sekundärrechtlichen Regelungen hinaus, da sie nicht auf bestimmte Personengruppen beschränkt ist. Außerdem haben auch hier die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge bei der Einführung der Regelungen – ähnlich wie bei den Grundfreiheiten – das Ausmaß, welches die Regelungen durch die Rechtsprechung des EuGH annehmen würden,⁴⁸⁸ nicht vorhergesehen. Ansonsten hätte Art. 8a Abs. 2 EGV in der Fassung von Maastricht (die Fassung von Maastricht nachfolgend gekennzeichnet mit „a.F.“) keine Ermächtigung für den Erlass von Sekundärrecht enthalten. Es waren somit weitere politi-

⁴⁸³ Die Tatsache, dass die Grundfreiheiten auch subjektive Rechte für den einzelnen Marktbürger enthalten, ändert nichts an ihrer Zuordnung zur negativen Integration, siehe dazu auch *Behrens*, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 44/45.

⁴⁸⁴ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerecht, *EuR* 2003, S. 744.

⁴⁸⁵ *Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Bd. 1, Rn. 4018.

⁴⁸⁶ *Tichadou*, Der Schutz des Touristen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *Zeus* 2002, S. 5ff.

⁴⁸⁷ *Reich*, Bürgerrechte in der Europäischen Union, S. 198; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerecht, *EuR* 2003, S. 744, 755 mit Verweis auf RL 90/365/EWG über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständigen Erwerbstätigen, *ABl. EU* Nr. L 180, S. 28; RL 90/366/EWG über das Aufenthaltsrecht von Studenten, *ABl. EU* Nr. L 180, S. 30; RL 90/364/EWG über das Aufenthaltsrecht, *ABl. EU* Nr. L 180, S. 26.

⁴⁸⁸ *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 375/376; *Cremer*, Negative und positive Integration, in: *Hatje/Huber*, *Europarecht Beiheft* 1/2007, S. 75, 89.

sche Entscheidungen angedacht, um den Unionsbürgern die Freizügigkeit zu ermöglichen. Darüber hinaus schafft das allgemeine Freizügigkeitsrecht ihm entgegenstehende nationale Regelungen ab ohne ein neues einheitliches Regelungssystem zu implementieren, wie es für die positive Integration typisch gewesen wäre.⁴⁸⁹ Mithin ist die primärrechtliche Verbürgung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der negativen Integration zuzuordnen. Diese Klassifizierung ist auch mit Blick auf den Grundfreiheitscharakter der Freizügigkeit folgerichtig, da die klassischen Grundfreiheiten ebenfalls der negativen Integration zuzuordnen sind.

III. Fazit

Im Ergebnis ist das untersuchte Primärrecht, also Grundfreiheiten, allgemeines Diskriminierungsverbot und unionsbürgerrechtliche Freizügigkeit, der negativen Integration zuzuschreiben. Trotzdem bieten die transnationalen Integrationsnormen, obwohl sie nicht selbst positive Integration sind, Ansatzpunkte für diesen Integrationsmodus. Dies ist der Fall, wenn wie in Art. 8a Abs. 2 EVG a.F. oder in Art. 63 EWGV (Fassung von 1957) geregelt, zukünftige Integrations Schritte durch Sekundärrechtsetzung zu verwirklichen sind.

B. Positive Integration durch Sekundärrecht

Grundsätzlich ist Sekundärrechtsetzung positive Integration.⁴⁹⁰ Der Erlass von Verordnungen und Richtlinien durch die Legislativorgane der Europäischen Union ist die klassische Form der Ausübung wirtschaftspolitischer und regulativer Kompetenzen in einer größeren wirtschaftlichen Einheit, nämlich auf europäischer Ebene. Nachfolgender Abschnitt zeigt geordnet nach den zugrundeliegenden Kompetenznormen das im Tourismusbereich und in angrenzenden Bereichen ergangene Sekundärrecht auf.

I. Kompetenzübertragung als Voraussetzung der positiven Integration durch Sekundärrecht

Voraussetzung für die positive Integration durch Rechtsetzungsorgane der Europäischen Union ist eine entsprechende Handlungskompetenz. Die Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Union folgt gemäß Art. 5 Abs. 2 EUV dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Danach besitzt die Union keine Kompetenz-Kompetenz und

⁴⁸⁹ Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 43, 56/60.

⁴⁹⁰ Cremer, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 79; Scharpf, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Europäische Integration, S. 219, 225; Scharpf, Regieren in Europa, S. 49.

darf nur tätig werden, wenn ihr die Kompetenz von den Mitgliedstaaten übertragen wurde. Ist dies nicht geschehen, verbleibt die Kompetenz bei den Mitgliedstaaten (vgl. Art. 4 Abs. 1 EUV und Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV).⁴⁹¹ Die Mitgliedstaaten können der Union Kompetenzen unterschiedlicher Reichweite übertragen. Es wird in Art. 2 EUV zwischen einer ausschließlichen Kompetenz der Union (Abs. 1), einer geteilten Kompetenz zwischen Union und Mitgliedstaaten (Abs. 2) sowie einer Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten durch die Union (Abs. 5) unterschieden. Außer in den Bereichen, in welchen der Union eine ausschließliche Kompetenz übertragen wurde, darf die Union nach dem in Art. 5 Abs. 3 EUV festgeschriebenen Subsidiaritätsprinzip nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können und wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu erreichen sind.⁴⁹² Unverbindliche Maßnahmen der Union bedürfen grundsätzlich keiner Kompetenzgrundlage, sie ergehen aufgrund ihrer Ausgabenwirksamkeit jedoch häufig als verbindlicher Beschluss.⁴⁹³

II. Nicht harmonisierendes Sekundärrecht

Die meisten Autoren gehen – sofern sie von positiver Integration durch Sekundärrechtsetzung sprechen – von Sekundärrecht in Form von Richtlinien und Verordnungen aus.⁴⁹⁴ Gemäß Art. 288 AEUV gehören aber auch Beschlüsse, die nur den jeweiligen Einzelfall verbindlich regeln, sowie unverbindliche Empfehlungen und Stellungnahmen zum Sekundärrecht. Es drängt sich daher die Frage auf, inwiefern positive Integration durch Sekundärrecht möglich ist, welches keine Richtlinie oder Verordnung ist.

Nach der Definition der positiven Integration kann selbige auch durch Empfehlungen und Stellungnahmen, durch Beschlüsse sowie durch nicht-harmonisierendes Sekundärrecht stattfinden, denn auch diese Regelungen werden in Wahrnehmung der Kompetenzen auf der größeren wirtschaftlichen Einheit erzeugt, gelten für die Allgemeinheit statt für den Einzelfall (mit Ausnahme des Beschlusses) und sind in der Tendenz eher marktregulierend. Die positive Integration ist von der konkreten Ausgestaltung der Integrationsmaß-

⁴⁹¹ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 6/7.

⁴⁹² Siehe ausführlich zum Subsidiaritätsprinzip *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, S. 65ff.

⁴⁹³ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4881.

⁴⁹⁴ Vgl. *Cremer*, Negative und positive Integration, in: *Hatje/Huber*, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 79ff.; *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, S. 7 und *Scharpf*, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: *Jachtenfuchs/Kohler-Koch*, Europäische Integration, S. 219, 220, die die positive Integration stets mit den Abstimmungserfordernissen im Ministerrat zusammenbringen.

nahme unabhängig. Unterschiedliche Integrationsmaßnahmen führen lediglich zu unterschiedlicher Integrationsintensität.⁴⁹⁵

III. Sekundärrechtsetzung im Tourismusbereich

Folgender Abschnitt untersucht positive Integrationsmaßnahmen im Tourismusbereich.

1. Aufgabenzuweisung und Kompetenzübertragung in der Tourismuspolitik

Bis Anfang der neunziger Jahre wurde der Tourismus als Politikbereich der Europäischen Union im Primärrecht nicht erwähnt. Durch den Vertrag von Maastricht wurde der Tourismus in den Zielekatalog der Europäischen Union aufgenommen. Eine Kompetenzübertragung folgte jedoch erst mit der Einführung des Art. 195 AEUV durch den Vertrag von Lissabon.

a) Aufgabenzuweisung durch den Vertrag von Maastricht

Nach Art. 3 lit. t EGV a. F. umfasste die Tätigkeit der Gemeinschaft unter Berücksichtigung von Art. 2 EGV a. F. Maßnahmen im Bereich Fremdenverkehr. Die Aufgabenzuweisung ist im Zusammenhang mit Art. 2 EGV a. F. zu lesen, welcher der Gemeinschaft unter anderem die Aufgabe zuwies, durch Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in den Art. 3 und 3a EGV a. F. genannten gemeinsamen Politiken eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft zu fördern. Art. 3 lit. t EGV a. F. konkretisierte somit die allgemeinen Aufgaben der Gemeinschaft.⁴⁹⁶ Obwohl dies in vielen anderen Bereichen üblich war, enthielt der Vertrag von Maastricht keine weitergehende Konkretisierung durch einen eigenen Titel für den Tourismusbereich. Die Schlussakte zum Vertrag umfasste jedoch die ausdrückliche Erklärung, dass die Einführung eines eigenen Titels im Bereich des Tourismus geprüft werde.⁴⁹⁷ Da eine in der Folgezeit vom mit der Prüfung beauftragten Gremium durchgeführte öffentliche Konsultation nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führte, sprach sich das Gremium weder für noch gegen die Einführung eines eigenen Vertragskapitels aus.⁴⁹⁸ Auch bei der Vertragsreform von Ams-

⁴⁹⁵ Behrens, Integrationstheorie, *RabelsZ* 45 (1981), S. 8, 43.

⁴⁹⁶ Saria, Legistische Spielräume für ein europäisches Reiserecht, in: Saria, *Reise ins Ungewisse*, S. 29, 46.

⁴⁹⁷ Siehe Erklärung in der Schlussakte zum Vertrag von Maastricht zu den Bereichen Katastrophenschutz, Energie und Fremdenverkehr.

⁴⁹⁸ Bericht der Kommission über Katastrophenschutz, Fremdenverkehr und Energie, SEK (96) 496, S. 5, nachfolgend zitiert als SEK (96) 496; Tonner, Europäische Tourismuspolitik und nachhaltige Entwicklung, in: Reich/Heine-Mernik, *Umweltverfassung und nachhaltige Entwicklung in der Europäischen Union*, S. 99, 104.

terdam konnte sich ein eigenes Kapitel über den Tourismus nicht durchsetzen.⁴⁹⁹ Unter anderem hatte eine Korruptionsaffäre in der zuständigen Generaldirektion XXIII das Klima für die Einführung eines entsprechenden Titels verschlechtert.⁵⁰⁰

Die Aufgabenzuweisung in Art. 3 lit. t EGV a. F. darf nicht mit einer Kompetenz verwechselt werden. Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung darf die Europäische Union nur innerhalb der Zuständigkeitsgrenzen tätig werden, welche die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der vertraglich niedergelegten Ziele explizit übertragen haben. Der Rückschluss von der Aufgabenzuweisung auf eine Zuständigkeit der Union ist nicht möglich.⁵⁰¹ Für Tätigkeiten der Union zur Verfolgung des in Art. 3 lit. t EGV a. F. genannten Ziels griffen die Rechtsetzungsorgane daher auf andere Kompetenznormen, wie Art. 94, 95 EGV a. F. und 308 EGV a. F., zurück.⁵⁰² Problematisch war in diesem Zusammenhang, dass der Europäischen Union zwar bestimmte Aufgaben übertragen wurden, ihr zur Erfüllung dieser Aufgaben jedoch keine ausdrücklichen Umsetzungskompetenzen zustanden.⁵⁰³

b) Kompetenzübertragung durch den Vertrag von Lissabon

Durch den Vertrag von Lissabon erhielt die Union erstmals eine eigene Kompetenz für den Tourismusbereich. Gemäß Art. 195 AEUV ist die Union berechtigt, Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Tourismusbereich zu ergänzen, insbesondere durch die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der in diesem Sektor tätigen Unternehmen. Bisher beruhen auf dieser Kompetenz jedoch erst sehr wenige – untenstehend besprochene – Mitteilungen der Kommission.⁵⁰⁴

aa) Entstehungsgeschichte des Art. 195 AEUV

Der Einführung der Tourismuskompetenz ging ein langwieriger Überlegungsprozess vo-

⁴⁹⁹ *Tonner*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Sekundärrecht, Vorbemerkung A 12, Rn. 26, 13. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 1999; siehe zur Diskussion um die Einführung eines eigenen Tourismuskapitels auch KOM (1995) 97, S. 24ff.

⁵⁰⁰ Sonderbericht des Rechnungshofs über die Fremdenverkehrspolitik und die Förderung des Fremdenverkehrs Nr. 3/96, ABl. EU Nr. C 17, S. 1ff.; *Tonner*, Europäische Tourismuspolitik und nachhaltige Entwicklung, S. 99, 105, in: Reich/Heine-Mernik, Umweltverfassung und nachhaltige Entwicklung in der Europäischen Union.

⁵⁰¹ Vgl. *Knigge*, Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs, S. 59; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 EGV, Rn. 18 und Art. 3 EGV, Rn. 3, 15. Ergänzungslieferung, Stand: Januar 2000; *Saria*, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 105.

⁵⁰² *Basedow*, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: Dule/Lutter/Schwarze, Festschrift Everling, S. 49; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 EGV, Rn. 18, 15. Ergänzungslieferung, Stand: Januar 2000.

⁵⁰³ *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 EGV, Rn. 18, 15. Ergänzungslieferung, Stand: Januar 2000.

⁵⁰⁴ Vgl. Kapitel 4, B., III., 2., b), dd).

raus. Im Jahr 1996 stieß die Kommission die Diskussion um die Aufnahme eines eigenen Kompetenztitels zum Fremdenverkehr an.⁵⁰⁵ In den Vertragsrevisionen von Amsterdam (Unterzeichnung 1997) und Nizza (Unterzeichnung 2001) erfolgte keine Schaffung einer eigenen Tourismuskompetenz. Erst bei der Diskussion über den Konventsentwurf für einen Vertrag über eine Verfassung für Europa im Jahr 2002 wurde die Idee wieder aufgenommen. Letztlich war der Tourismus jedoch in den Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen in Art. 16 des Konventsentwurfs nicht enthalten. Auch Teil III des Vertragsentwurfs des Europäischen Konvents hatte keinen eigenen Titel zum Tourismus.

Der *Lamassoure*-Bericht des Europäischen Parlaments vom April 2002 sah den Fremdenverkehr jedoch als geteilte Zuständigkeit mit ergänzendem Charakter vor.⁵⁰⁶ Im Zuge der Regierungskonferenzen im Jahr 2003 zur Diskussion des Konventsentwurfs forderten unter italienischer Ratspräsidentschaft auch einige Mitgliedstaaten, den Tourismusbereich in die Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen aufzunehmen.⁵⁰⁷ Nach langwierigen und kontrovers geführten Diskussionen wurde letztlich Art. I-16 Abs. 2 des Verfassungsvertrages um den Spiegelstrich Tourismus ergänzt und folgender Art. III-181a in den Verfassungsvertrag eingefügt:

- (1) Die Union ergänzt und unterstützt die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen der Union im Tourismussektor.

- (2) Die Union verfolgt zu diesem Zweck mit ihrer Tätigkeit das Ziel,
 - die Schaffung eines günstigen Umfelds für die Entwicklung der Unternehmen in diesem Sektor zu fördern;
 - die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten insbesondere durch den Austausch bewährter Praktiken zu unterstützen;
 - eine bessere Nutzung des touristischen Potenzials zu fördern.

- (3) Durch Europäische Gesetze oder Rahmengesetze werden unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten die

⁵⁰⁵ Vgl. SEK (96) 496, S. 6.

⁵⁰⁶ Bericht des Europäischen Parlaments vom 24. April 2002, A5-0133/2002, S. 23, Rn. 25.

⁵⁰⁷ CIG 37/03 vom 24. Oktober 2003 zur Vorbereitung der Tagung der Minister am 27. Oktober 2003. Spanien, Frankreich, Lettland, Malta, Polen, Portugal, Litauen, Zypern und die Slowakei brachten den Vorschlag zusammen ein. Griechenland setzte sich sogar dafür ein, dass die Union im Tourismusbereich eine geteilte Zuständigkeit erhält.

spezifischen Maßnahmen zur Unterstützung der Maßnahmen festgelegt, die die Mitgliedstaaten zur Verwirklichung der in diesem Artikel genannten Ziele durchführen.⁵⁰⁸

Nach dem Konklave Ende November 2003 wurden noch einige Änderungen am Tourismusartikel vorgenommen. In Abs. 1 erfolgte die Streichung der Unterstützung, in Abs. 2 entfiel der dritte Spiegelstrich und in Abs. 3 wurde die Formulierung „spezifische Maßnahmen zur Unterstützung“ durch „spezifische Maßnahmen zur Ergänzung“ ersetzt.⁵⁰⁹ Diese Fassung fand letztlich mit minimalen Änderungen als Art. III-281 Eingang in dem finalen Vertrag über eine Verfassung für Europa. Nachdem der Verfassungsvertrag mangels Ratifikation aller Mitgliedstaaten nicht in Kraft trat wurden im Vertrag von Lissabon keine inhaltlichen Änderungen am Tourismustitel vorgenommen. Lediglich redaktionell wurde Abs. 2 an die neuen Begrifflichkeiten bezüglich der Rechtsakte der Union angepasst und die neue Nummerierung des Vertrages von Lissabon hinzugefügt.

bb) Art. 195 AEUV als Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz

Nach Art. 6 AEUV fällt der Bereich Tourismus in die Kategorie der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen. Die Nennung eines Bereichs in Art. 6 AEUV bedeutet jedoch nicht, dass die Union in diesem Bereich stets unterstützende, koordinierende und ergänzende Maßnahmen vornehmen darf. Stattdessen richtet sich der Inhalt der Kompetenz nach der Ausgestaltung des dazugehörigen Titels im dritten Teil des Vertrages.⁵¹⁰ Der Tourismusbereich wird durch Art. 195 Abs. 1 AEUV ausgestaltet, der wie folgt lautet:

Die Union ergänzt die Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Tourismussektor, insbesondere durch die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen der Union in diesem Sektor.

Die Union verfolgt zu diesem Zweck mit ihrer Tätigkeit das Ziel,

- a) die Schaffung eines günstigen Umfelds für die Entwicklung der Unternehmen in diesem Sektor anzuregen;
- b) die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten insbesondere durch den Austausch bewährter Praktiken zu unterstützen.⁵¹¹

⁵⁰⁸ CIG 52/03 ADD 1 vom 25.11.2003 zur Vorbereitung der Beratungen der Minister im Konklave von Neapel am 28./29.11.2003; Unterstreichungen wurden von der Autorin vorgenommen.

⁵⁰⁹ Vgl. die veröffentlichten Fassungen des Tourismusartikels in den Dokumenten CIG 56/03 vom 1.12.2003 und CIG 60/03 ADD 1 vom 9.12.2003.

⁵¹⁰ Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 2 AEUV, Rn. 28.

⁵¹¹ Unterstreichungen wurden von der Verfasserin vorgenommen.

Fraglich ist, inwiefern der Union aufgrund der Formulierung in Art. 195 Abs. 1 AEUV eine Kompetenz zur Unterstützung, Koordinierung und/oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten zukommt, da der Begriff der Koordinierung nicht genannt ist und die Erwähnung der Unterstützung eher beiläufig geschieht.

In der Literatur werden dazu verschiedene Ansichten vertreten. Nach einer Ansicht handele es sich bei Art. 195 AEUV lediglich um eine Ergänzungskompetenz. Die Erwähnung unterstützender Maßnahmen in Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b AEUV ändere daran nichts, da dies keine Unterstützungskompetenz im Sinne von Art. 6 AEUV, sondern lediglich die Festlegung eines Ziels für die Tätigkeit der Union nach Art. 195 AEUV sei.⁵¹² Die Aufgabe in Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b AEUV ziele demnach zwar auf die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten ab, sehe aber keine Koordinierung vor.⁵¹³

Andere Autoren sehen in Art. 195 AEUV eine Ergänzungs- und Unterstützungskompetenz. Art. 195 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV und Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b AEUV müssten zusammen gelesen werden.⁵¹⁴ Auch der Ausschuss für Verkehr und Fremdenverkehr des Europäischen Parlaments geht in einem aktuellen Bericht zum Tourismusbereich davon aus, dass durch die Einführung des Art. 195 AEUV die Union Maßnahmen der Mitgliedstaaten unterstützen und ergänzen kann.⁵¹⁵

Die Kommission nimmt in ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2010 sogar an, dass die Union im Tourismusbereich die Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht nur unterstützen und ergänzen, sondern auch koordinieren kann.⁵¹⁶ Wieder andere Autoren sehen den Schwerpunkt in der Förderungs- und Unterstützungsfunktion des Art. 195 AEUV.⁵¹⁷

Die besseren Argumente sprechen dafür, in Art. 195 AEUV eine Ergänzungs- und Unterstützungskompetenz sowie mit einigen Abstrichen auch eine Koordinierungskompetenz der Union hineinzulesen. Art. 6 AEUV nennt in der Kategorie der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen nicht nur den Tourismus, sondern auch zahlreiche andere Bereiche. Für die genaue Bestimmung des Inhalts der Tourismuskompetenz bietet sich daher ein Vergleich mit der konkreten Ausgestaltung anderer Regelungsbereiche im dritten Teil des Vertrages an. Der Vergleich zum Wortlaut der konkreten Ausgestal-

⁵¹² *Saria*, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 125; im Ergebnis ebenso *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 195 AEUV, Rn. 3; so wohl auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 195 AEUV, Rn. 15.

⁵¹³ *Vedder*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 195 AEUV, Rn. 3.

⁵¹⁴ *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 195 AEUV, Rn. 5; im Ergebnis so auch *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 189.

⁵¹⁵ Bericht des Europäischen Parlaments über Europa – wichtigstes Reiseziel der Welt: ein neuer politischer Rahmen für den europäischen Tourismus, vom 13.7.2011, (2010/2206(INI)).

⁵¹⁶ KOM (2010) 352, S. 4.

⁵¹⁷ *Kellerhals/Uebe*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 195 AEUV, Rn. 8.

tungen beispielsweise in Art. 168 AEUV (Gesundheitsschutz), Art. 173 AEUV (Industriepolitik), Art. 167 AEUV (Kultur), Art. 165/166 AEUV (Bildung und Sport) zeigt, dass zwischen den drei Tätigkeitsformen Unterstützen, Koordinieren und Ergänzen unterschieden wird, da diese drei Tätigkeitsbereiche jeweils einzeln genannt werden. Auffällig ist, dass die Union häufig – ähnlich wie in Art. 195 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV – zur Förderung berechtigt wird,⁵¹⁸ obwohl diese Tätigkeit im Rahmen der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz in Art. 2 Abs. 5 AEUV nicht erwähnt wird. Gemäß dem Wortsinn kann „fördern“ mit „unterstützen“ gleichgesetzt werden.⁵¹⁹ Auch ein Bezug der Förderungstätigkeit zum Koordinieren lässt sich herstellen, soweit die Förderung sich auf die Förderung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 196 AEUV und Art. 167 Abs. 2 AEUV) oder auf die Koordinierung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 173 Abs. 2 AEUV) bezieht. Freilich hat Förderung der Zusammenarbeit eine geringere Intensität als die Koordinierung der Zusammenarbeit. Im Umkehrschluss könnten allerdings aufgrund des gleichen Bedeutungsgehaltes von Förderung und Unterstützung auch in die Kompetenz zur Unterstützung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten, wie sie in Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b AEUV genannt ist, Elemente des Koordinierens hineingelesen werden. Obwohl die drei Tätigkeitsbereiche Unterstützen, Koordinieren und Ergänzen somit grundsätzlich getrennt zu betrachten sind, steht der Union im Ergebnis im Tourismusbereich eine Kompetenz zur Ergänzung, Unterstützung und Koordinierung zu, wobei die Union hinsichtlich der Koordinierung insofern eingeschränkt ist, als sie die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten nur unterstützen darf und die eigentliche Koordinierungsleistung von den Mitgliedstaaten zu erbringen ist.⁵²⁰

2. Sekundärrecht

Mangels bestehender Kompetenzgrundlage wurden die Sekundärrechtsakte im Tourismusbereich in der Zeit vor dem Vertrag von Lissabon auf das jeweils geltende Äquivalent zur Flexibilitätskompetenz, welche aktuell in Art. 352 AEUV geregelt ist, gestützt.⁵²¹ Dies gilt auch für Sekundärrechtsakte unterhalb der Normebene, wie etwa Empfehlungen und Stellungnahmen der Kommission, sowie für Maßnahmen in Form von Mitteilungen und

⁵¹⁸ Vgl. Art. 168 AEUV (Gesundheitsschutz), Art. 173 AEUV (Industriepolitik), Art. 167 AEUV (Kultur), Art. 165/166 AEUV (Bildung sowie Jugend und Sport) und Art. 196 AEUV (Katastrophenschutz).

⁵¹⁹ Ähnlich, *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 2 AEUV, Rn. 27.

⁵²⁰ So auch *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 195 AEUV, Rn. 8.

⁵²¹ Siehe zu Art. 352 AEUV und der Rechtsetzung im Tourismusbereich auch *Saria*, Legistische Spielräume für ein europäisches Reiserecht, in: *Saria*, Reise ins Ungewisse, S. 29, 48ff; vgl. auch. SEK (96) 496, S. 3.

Programmen außerhalb der im Vertrag normierten Handlungsformen für die ebenfalls der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gilt.⁵²²

a) **Richtlinien und Verordnungen im Tourismusbereich**

Die einzige ausschließlich den Tourismusbereich betreffende verbindliche und allgemeingültige Maßnahme der Union ist die Richtlinie zur Tourismusstatistik aus dem Jahr 1995.⁵²³ Die Richtlinie trug der Bedeutung des Tourismus als Instrument der Entwicklung und der sozioökonomischen Integration in der Europäischen Union Rechnung. Die Erhebung von Daten über Reiseströme, Profil der Touristen und Reiseausgaben sollte die Bewertung der Wettbewerbsfähigkeit der gemeinschaftlichen Tourismuswirtschaft erleichtern.⁵²⁴ Im Jahr 2011 wurde die Richtlinie durch die Verordnung über die europäische Tourismusstatistik ersetzt.⁵²⁵ Eine Neufassung der Regelungen über die Tourismusstatistik war notwendig geworden, um der gestiegenen Bedeutung von Internetbuchungen und dem geänderten Reiseverhalten Rechnung zu tragen und um die administrative Belastung der in der Tourismuswirtschaft tätigen kleinen und mittleren Unternehmen zu verringern.⁵²⁶ Die Verordnung stützt sich allerdings nicht auf die neu eingeführte Tourismuskompetenz, sondern auf Art. 338 AEUV, einer speziellen Grundlage für Sekundärrecht über die Erstellung von Unionsstatistiken, die durch den Vertrag von Amsterdam eingeführt wurde.⁵²⁷ Ebenfalls auf Art. 195 AEUV gestützt wurde die Verordnung über ein Programm für die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und kleinen und mittleren Unternehmen (COSME).⁵²⁸ Basierend auf ihrer inhaltlichen Ausrichtung ist diese Verordnung als Teil der Industriepolitik der Union zu sehen. Folgerichtig wird daher auch Art. 173 AEUV als Rechtsgrundlage herangezogen. Grenzüberschreitende Kooperationsprojekte im Tourismusbereich sowie die Entwicklung eines nachhaltigen Tourismus sind nur zwei zahlreicher Einzelziele die im Anhang genannt werden. Die Tourismusbranche wird als eine

⁵²² von *Bogdandy/Bast*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 5 EGV, Rn. 19, 27. Ergänzungslieferung, Stand: Juni 2005; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 97; *Thomas*, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, S. 423, 424.

⁵²³ RL 95/57/EG über die Erhebung statistischer Daten im Bereich des Tourismus, ABl. EU Nr. L 291, S. 32.

⁵²⁴ Vgl. Präambel der RL 95/57/EG über die Erhebung statistischer Daten im Bereich des Tourismus.

⁵²⁵ VO (EU) Nr. 692/2011 über die europäische Tourismusstatistik und zur Aufhebung der RL 95/57/EG, ABl. EU Nr. L 192, S. 17.

⁵²⁶ Erwägungsgrund Nr. 4 und 5 VO (EU) Nr. 692/2011 über die europäische Tourismusstatistik und zur Aufhebung der RL 95/57/EG, ABl. EU Nr. L 192, S. 17.

⁵²⁷ *Hahlen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 338 AEUV, Rn. 1/12.

⁵²⁸ VO (EU) Nr. 1287/2013 über ein Programm für die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und für kleine und mittlere Unternehmen (COSME) (2014-2020) und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 1639/2006/EG, ABl. Nr. L 347/S. 33.

Branche mit vielen kleinen und mittleren Unternehmen identifiziert. Tourismusspezifisches Sekundärrecht resultiert aus dieser Verordnung nicht.

Darüber hinaus ist die Verordnung Nr. 508/2014 über einen europäischen Meeres- und Fischereifonds unter anderem auf Art. 195 AEUV zurückzuführen.⁵²⁹ Inhaltlich ist diese Verordnung jedoch der Kohäsionspolitik zuzuordnen und betrifft die Tourismuspolitik nur am Rande aufgrund ihres Charakters als Querschnittsmaterie.⁵³⁰ Diese Verordnung hebt die ebenfalls unter anderem auf Art. 195 AEUV gestützte Verordnung Nr. 1255/2011 zur Schaffung eines Programms zur Unterstützung der Weiterentwicklung der integrierten Meerespolitik auf.⁵³¹ Letztere erwähnte die Förderung des Inselftourismus als eines zahlreicher operativer Ziele, enthielt darüber hinaus jedoch ebenfalls keine tourismusspezifischen Maßnahmen.

b) Gemeinschaftsmaßnahmen unterhalb der Normebene im Tourismusbereich

Auffallend ist, dass im Tourismusbereich kaum Regelungen auf Normebene existieren. Die meisten Maßnahmen der Union sind adressatenunabhängige Beschlüsse,⁵³² unverbindliche Empfehlungen und Stellungnahmen sowie Mitteilungen. Letztere sind Absichtserklärungen, die der Transparenz und Voraussehbarkeit des Kommissionshandelns in einem bestimmten Bereich dienen.⁵³³ Selbiges gilt für die Beschlüsse des Rates. Auch sie sind lediglich eine Form der politischen Willensäußerung.⁵³⁴ Trotzdem haben Mitteilungen und Beschlüsse richtungsweisenden Charakter und dürfen von den Mitgliedstaaten nicht missachtet werden.

Keine direkte Tourismuspolitik sind die Berichte der Kommission zu Maßnahmen der Gemeinschaft, die sich auf den Tourismus auswirken.⁵³⁵ In diesen Berichten wird allerdings der Querschnittscharakter des Tourismusbereichs besonders deutlich. So erwähnt die Kommission in ihrem Bericht aus dem Jahr 2001 unter anderem Maßnahmen in den Bereichen Statistik, Qualitätsmanagement, Unternehmenspolitik, Binnenmarkt, Währungspolitik, Steuerpolitik, Strukturpolitik, Verkehrspolitik, Natur- und Kulturschätze, Be-

⁵²⁹ VO (EU) Nr. 508/2014 über den Europäischen Meeres- und Fischereifonds und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 2328/2003, (EG) Nr. 861/2006, (EG) Nr. 1198/2006 und (EG) Nr. 791/2007 des Rates und der Verordnung (EU) Nr. 1255/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU Nr. L 149, S. 1.

⁵³⁰ Siehe zur Kohäsionspolitik Kapitel 4, B., IV., 8..

⁵³¹ VO (EU) Nr. 1255/2011 zur Schaffung eines Programms zur Unterstützung der Weiterentwicklung der integrierten Meerespolitik, ABl. EU Nr. L 321, S. 1.

⁵³² Zu diesem Begriff siehe *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV, Rn. 194ff.

⁵³³ *Gundel*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3, Rn. 86; *Nemitz*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 17 EUV, Rn. 8.

⁵³⁴ *Grupp*, in: Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, Stichwort: Entschließungen.

⁵³⁵ Bspw. Bericht der Kommission zu Maßnahmen der Gemeinschaft, die sich auf den Tourismus auswirken (1995/1996), KOM (97) 332; KOM (2001) 171.

rufsausbildung, Informations- und Kommunikationstechnologie, Energiepolitik und Nachhaltigkeit.⁵³⁶ Regelmäßig regt die Kommission an, dass tourismusrelevante Politikbereiche besser koordiniert und die Mitgliedstaaten verstärkt konsultiert werden, um die Tourismuspolitik gezielter und effektiver zu gestalten.

aa) Maßnahmen vor 1992

Trotz zum damaligen Zeitpunkt noch fehlender Aufgabenzuweisung führte die Union bereits in den achtziger Jahren verschiedene Maßnahmen im Tourismusbereich durch. Der Rat hielt in einer Entschließung des Jahres 1984 erstmals fest, dass der Fremdenverkehr zur harmonischen Entwicklung eines Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft und zur Förderung einer engeren Beziehung zwischen den Staaten der Gemeinschaft beitragen könne.⁵³⁷ Im Jahr 1986 wurde ein beratender Ausschuss für den Fremdenverkehr eingerichtet. Dieser bestand aus Vertretern der Mitgliedstaaten und diente dem Austausch von Informationen, der Erleichterung von Konsultationen und einer potentiellen Zusammenarbeit im Tourismusbereich.⁵³⁸ Außerdem ergingen auf Grundlage der Flexibilitätsklausel zwei Empfehlungen des Rates. Nach diesen sollten die Mitgliedstaaten bestimmte Brandschutzvorrichtungen in Hotels vorschreiben sowie Regelungen zur einheitlichen Zurverfügungstellung bestimmter Informationen in Hotels erlassen.⁵³⁹ Des Weiteren wurde das Jahr 1990 zum „Europäischen Jahr des Tourismus“⁵⁴⁰ erklärt. Diese zaghaften Anfänge der Tourismuspolitik zeigen den Querschnittscharakter dieses Politikbereichs mit Bezügen zum Binnenmarkt und Verbraucherschutz.

bb) Maßnahmen in den Jahren 1992 bis 1997

Nachdem im Vertrag von Maastricht die Aufgabenzuweisung für den Tourismusbereich an die Union erfolgt war, beschloss der Rat 1992 einen Aktionsplan zur Unterstützung des Tourismus, der in den Jahren 1993 bis 1996 umgesetzt werden sollte. Danach sollten horizontale Maßnahmen zur Förderung des Tourismus intensiviert und tourismusrelevante Ak-

⁵³⁶ KOM (2001) 171.

⁵³⁷ Entschließung des Rates vom 10.4.1984 zu einer Fremdenverkehrspolitik der Gemeinschaft, ABl. EU Nr. C 115, S. 1; *Knigge*, Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs, S. 84ff.

⁵³⁸ Beschluss des Rates zur Einführung eines Verfahrens zur Konsultation und Zusammenarbeit im Bereich des Fremdenverkehrs, 86/664/EWG, ABl. EU Nr. L 384, S. 52; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4887; vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 195 AEUV, Rn. 4.

⁵³⁹ Empfehlung 86/666/EWG des Rates über den Brandschutz in bestehenden Hotels, ABl. EU Nr. L 384, S. 60; Empfehlung 86/665/EWG des Rates über einheitliche Informationen in Hotels, ABl. EU Nr. L 384, S. 54; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4887.

⁵⁴⁰ Beschluss des Rates über ein Aktionsprogramm für das Europäische Jahr des Fremdenverkehrs (1990), 89/46/EWG, ABl. EU Nr. L 17, S. 53, nachfolgend zitiert als 89/46/EWG.

tionen verschiedener Kommissionsdienststellen koordiniert werden.⁵⁴¹ Die Kommission war mit der Durchführung des Aktionsplans beauftragt. Dieser umfasste folgende Teilbereiche der Tourismuspolitik: Kohärenz der Maßnahmen, der Tourist als Verbraucher, Kulturtourismus, Tourismus und Umwelt, ländlicher Tourismus, Sozialtourismus.⁵⁴² Im Zuge der Aufklärung der bereits erwähnten Korruptionsaffäre in der für den Tourismus zuständigen Generaldirektion der Kommission erfolgte eine Überprüfung des Aktionsplans durch unabhängige Berater, bei welcher jedoch gravierende Mängel zutage traten.⁵⁴³

Das Grünbuch der Kommission aus dem Jahr 1995 zur Rolle der Union im Bereich des Fremdenverkehrs ist das umfangreichste Dokument zur Tourismuspolitik in diesem Zeitabschnitt.⁵⁴⁴ Das Grünbuch sollte die allgemeinen Überlegungen zur Rolle der Union bei der Förderung des Fremdenverkehrs anregen und vereinfachen. Es differenziert zwischen direkter und indirekter Tourismuspolitik. Erstere bezieht sich – wie der Aktionsplan von 1992 – nur auf den Bereich Tourismus. Indirekte Tourismuspolitik erfasst demgegenüber Maßnahmen in angrenzenden Politikbereichen wie Umwelt, Kultur, Unternehmenspolitik, Forschung und Entwicklung, Vollendung des Binnenmarkts, Verkehr, Verbraucherschutz und Strukturpolitik.⁵⁴⁵ Im Nachgang zum Grünbuch hielt die Kommission fest, dass die Union ihre Maßnahmen im Bereich des Tourismus fortsetzen, rationeller gestalten und intensivieren solle.⁵⁴⁶ Dazu schlug die Kommission das auf mehrere Jahre angelegte Programm *Philoxenia* (= Gastfreundschaft) im Jahr 1996 dem Rat vor.⁵⁴⁷ Der Vorschlag umfasste einen Handlungsrahmen für die Jahre 1997 bis 2000 und basierte auf der Flexibilitätskompetenz. Im Rat konnte die für die Annahme erforderliche Einstimmigkeit jedoch nicht erreicht werden, da einige Mitgliedstaaten – unter anderem auch Deutschland – mit Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip eine gemeinsame europäische Tourismuspolitik ablehnten.⁵⁴⁸ Einzig der oben bereits dargestellten Richtlinie zur Tourismusstatistik, welche

⁵⁴¹ Beschluss des Rates über einen Aktionsplan der Gemeinschaft zur Förderung des Tourismus, 92/421/EWG, ABl. EU Nr. L 231, S. 26, nachfolgend zitiert als 92/412/EWG.

⁵⁴² Siehe Anhang I des Beschlusses 92/421/EWG.

⁵⁴³ Bericht über die Bewertung des Aktionsplans der Gemeinschaft zur Förderung des Tourismus 1993-1995 – Beschluss 92/421/EWG, KOM (96) 166, S. 2ff.; *Tonner*, Europäische Tourismuspolitik und nachhaltige Entwicklung, in: Reich/Heine-Mernik, Umweltverfassung und nachhaltige Entwicklung in der Europäischen Union, S. 99, 106.

⁵⁴⁴ KOM (95) 97.

⁵⁴⁵ Vgl. KOM 95 (97), S. 10ff.

⁵⁴⁶ Vgl. Vorschlag der Kommission für einen Beschluss des Rates – Erstes Mehrjahresprogramm zur Förderung des europäischen Tourismus *Philoxenia* (1997-2000), KOM (96) 168, S. 4ff.

⁵⁴⁷ KOM (96) 168; zu den Verbesserungen gegenüber den Problemen aus dem Aktionsplan von 1992 siehe *Knigge*, Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs, S. 91f.

⁵⁴⁸ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4889; *Mundt*, Tourismus, S. 217; inzwischen wurde der Vorschlag der Kommission wieder zurückgenommen, vgl. *Winkler*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 308 EGV, Rn. 158, 34. Ergänzungslieferung, Stand: Januar 2008; *Freyer*, Tourismus – Einführung in die Fremdenverkehrsökonomie, S. 411; KOM (2001) 171, S. 5.

Teil des Programms Philoxenia war, wurde zugestimmt.⁵⁴⁹ Außerdem konnte der Rat eine EntschlieÙung über die Europa/Mittelmeer-Zusammenarbeit im Tourismusbereich verabschieden.⁵⁵⁰ Darin ersuchte der Rat die Kommission und die Mitgliedstaaten, in den Bereichen Information, Ausbildung und Werbung miteinander in Dialog zu treten und Wege einer Zusammenarbeit zu ermitteln.

Das Scheitern des Mehrjahresprogramms Philoxenia ist symptomatisch für die Probleme der Union, eine europäische Tourismuspolitik in den Jahren 1992 bis 1997 zu gestalten.

cc) Maßnahmen von 1998 bis zum Vertrag von Lissabon

Dieser Zeitraum sollte für einen Neuanfang in der europäischen Tourismuspolitik stehen. Die Maßnahmen der Kommission fokussieren sich auf die beiden mit dem Tourismus verbundenen Themenkomplexe Beschäftigung und Nachhaltigkeit.

aaa) Tourismuswirtschaft und Beschäftigung

Der Anfang wurde 1998 durch die Einsetzung einer High Level Group für Tourismus und Beschäftigung gemacht, welche noch im selben Jahr ihre Empfehlungen vorlegte und unter Leitung der Kommission in Absprache mit den Mitgliedstaaten agierte.⁵⁵¹ Die Kommission nahm die Empfehlungen in die Mitteilung zum Beschäftigungspotential der Tourismuswirtschaft auf.⁵⁵² Dabei hob sie die besondere Bedeutung der Tourismuswirtschaft für Wachstum und Beschäftigung hervor. Es solle ein verbesserter Informationsaustausch zwischen allen Stakeholdern stattfinden, um *Best Practices* zu ermitteln und die Kenntnisse über die Tourismuswirtschaft zu verbessern. Außerdem sollten Synergieeffekte mit Programmen in angrenzenden Bereichen genutzt werden.⁵⁵³ Durch mehr Kohärenz und Transparenz solle zudem die Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten effizienter gestaltet werden.⁵⁵⁴

Im Jahr 2001 schlägt die Kommission in einer späteren Mitteilung über die Zusammenarbeit für die Zukunft des Tourismus in Europa einen Handlungsrahmen vor, der auf dem

⁵⁴⁹ Zur RL 95/57/EG über die Erhebung statistischer Daten im Bereich des Tourismus (ABl. EU Nr. L 291, S. 32), die inzwischen durch die VO (EU) Nr. 692/2011 über die europäische Tourismusstatistik und zur Aufhebung der RL 95/57/EG (ABl. EU Nr. L 192, S. 17) ersetzt wurde, siehe oben unter Kapitel 4, B., III., 2., a); vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4889.

⁵⁵⁰ EntschlieÙung des Rates vom 13.5.1996 über die Europa/Mittelmeer-Zusammenarbeit im Tourismusbereich, ABl. EU Nr. C 155, S. 1ff.

⁵⁵¹ „Tourismuswirtschaft in Europa – Neue Partnerschaft für Beschäftigung“, Wertungen und Empfehlungen der Hochrangigen Expertengruppe für Tourismus und Beschäftigung, Oktober 1998, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/tourism/files/tourism_and_employment/hlgreport_en.pdf.

⁵⁵² Mitteilung der Kommission, Das Beschäftigungspotential der Tourismuswirtschaft FolgemaÙnahmen im Anschluss an die Wertungen und Empfehlungen der High Level Group für Tourismus und Beschäftigung, KOM (1999) 205, nachfolgend zitiert als KOM (1999) 205.

⁵⁵³ KOM (1999) 205, S. 9.

⁵⁵⁴ KOM (1999) 205, S. 18.

offenen Verfahren der Koordinierung basiert und die Ergebnisse der High Level Group Tourismus und Beschäftigung einbezieht.⁵⁵⁵ Die Handlungsvorschläge zur verbesserten Einbeziehung des Tourismus in andere Politiken der Union schließen sowohl die Kommission als auch die Mitgliedstaaten und die Akteure der Tourismusbranche ein.⁵⁵⁶ Um die Arbeitsmethode der offenen Koordinierung zu fördern, solle die Rolle des Beratenden Ausschusses für den Fremdenverkehr gestärkt werden.⁵⁵⁷ Außerdem wird ein jährlich stattfindendes Europäisches Tourismusforum zur Diskussion aktueller Themen der Branche eingerichtet.⁵⁵⁸ Neben der Durchführung der offenen Methode der Koordinierung soll vor allem die Vermittlung von Wissen über den Tourismussektor weiterentwickelt werden, um den Akteuren der Tourismuspolitik den Zugang zu Gemeinschaftsinstrumenten wie den Strukturfonds zu erleichtern.⁵⁵⁹ Auch die statistischen Informationen über den Tourismussektor sollten mit der Einführung einer bestimmten Statistikmethode präzisiert werden, welche die einzelnen Bereiche eines Wirtschaftszweiges besser erfasst. Durch eine belastbare Datengrundlage könnten dann auch die Auswirkungen von Gemeinschaftsmaßnahmen auf den Tourismus besser analysiert werden.⁵⁶⁰

In einer Entschließung des Rates aus dem Jahr 2002 über die Zukunft des Tourismus in Europa knüpft dieser sehr eng an das vorausgegangene Kommissionsdokument zur Zukunft des Tourismus in Europa aus dem Jahr 2001 an.⁵⁶¹ Im Wesentlichen übernimmt er die beschriebenen Vorschläge der Kommission und unterstützt diese.⁵⁶² Dabei stellt der Rat ausdrücklich fest, dass eine gemeinsame Tourismuspolitik in der Gemeinschaft nicht bestehe und deshalb über die Politiken in angrenzenden Bereichen durchzuführen sei.⁵⁶³

bbb) Tourismuswirtschaft und Nachhaltigkeit

Im Jahr 2003 rückte in einer Veröffentlichung der Kommission der Aspekt der Nachhaltigkeit in das Zentrum der Tourismuspolitik.⁵⁶⁴ Die Kommission bezieht den Begriff der Nachhaltigkeit nicht nur auf die Ökologie, sondern auch auf Wirtschaft und Soziales.⁵⁶⁵

⁵⁵⁵ KOM (2001) 665; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4891.

⁵⁵⁶ KOM (2001) 665, S. 12.

⁵⁵⁷ KOM (2001) 665, S. 12.

⁵⁵⁸ KOM (2001) 665, S. 13.

⁵⁵⁹ KOM (2001) 665, S. 15, 16.

⁵⁶⁰ Entschließung des Rates vom 21.5.2002 über die Zukunft des Tourismus in Europa, ABl. EU Nr. C 135, S. 2.

⁵⁶¹ Entschließung des Rates vom 21.5.2002 über die Zukunft des Tourismus in Europa, ABl. EU Nr. C 135, S. 1.

⁵⁶² Entschließung des Rates vom 21.5.2002 über die Zukunft des Tourismus in Europa, ABl. EU Nr. C 135, S. 2.

⁵⁶³ Entschließung des Rates vom 21. Mai 2002 über die Zukunft des Tourismus in Europa, ABl. EU Nr. C 135 vom 6.6.2002, S. 1.

⁵⁶⁴ KOM (2003) 716.

⁵⁶⁵ KOM (2003) 716, S. 1.

Dabei bedingen sich die drei Aspekte der Nachhaltigkeit gegenseitig: Da der Tourismus oftmals auf einer intakten Umwelt beruhe, sei ein ökologisch verantwortungsbewusster Fremdenverkehr Voraussetzung für die wirtschaftliche und soziale Nachhaltigkeit des Tourismus.⁵⁶⁶ Herausforderungen bestünden hinsichtlich der Entwicklung nachhaltiger Verbrauchsweisen für Touristen und nachhaltiger Produktionsweisen in der Wertschöpfungskette für Unternehmer.⁵⁶⁷ Insgesamt favorisiert die Kommission ein kooperatives und proaktives Konzept unter Beteiligung mehrerer Akteure und spricht sich tendenziell gegen eine weitere Regulierung aus.⁵⁶⁸ Im Gegensatz zum Rat geht die Kommission davon aus, dass es neben den Maßnahmen in den angrenzenden Politikbereichen eine eigene europäische Tourismuspolitik gibt.⁵⁶⁹

Mit einem neuen Programm im Jahr 2006 stellte die Kommission eine Verbindung zwischen den Komplexen Beschäftigung und Nachhaltigkeit her. Sie strebte den nachhaltigen Ausbau des Tourismus in Europa, die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Tourismusindustrie sowie die Schaffung besserer Arbeitsplätze an.⁵⁷⁰ Dabei sollte die Folgenabschätzung bei Rechtsetzungsvorschlägen, die sich auf den Tourismus auswirken, und die Konsultation von Interessengruppen eine verbesserte Rechtsetzung gewährleisten.⁵⁷¹ Darüber hinaus war die verstärkte Koordinierung der verschiedenen zum Tourismus gehörenden Politikbereiche geplant. Bestehende Finanzierungsinstrumente sollten besser genutzt werden. Hierzu gehören unter anderem der Europäische Fonds für regionale Entwicklung, der Kohäsionsfonds, der Europäische Sozialfonds und der Europäische Landwirtschaftsfonds.⁵⁷² Ein weiterer Schwerpunkt ist die Förderung der wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit. Unter diesen Stichpunkt fasst die Kommission auch die Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen, die Weiterqualifizierung der Beschäftigten, Untersuchung von Beschäftigungstrends in Küsten- und Seenregionen und die Erstellung von Studien zur Auswirkung des elektronischen Geschäftsverkehrs.

Im Jahr 2007 setzt die Kommission ihre Bemühungen zur Nachhaltigkeit mit der „Agenda für einen nachhaltigen und wettbewerbsfähigen europäischen Tourismus“ fort.⁵⁷³ Die Agenda beruht auf dem finalen Bericht⁵⁷⁴ der Sachverständigengruppe „Nachhaltigkeit

⁵⁶⁶ KOM (2003) 716, S. 5/6.

⁵⁶⁷ KOM (2003) 716, S. 6/7.

⁵⁶⁸ KOM (2003) 716, S. 12.

⁵⁶⁹ KOM (2003) 716, S. 11.

⁵⁷⁰ KOM (2006) 134, S. 4.

⁵⁷¹ KOM (2006) 134, S. 5.

⁵⁷² KOM (2006) 134, S. 5-7.

⁵⁷³ KOM (2007) 621.

⁵⁷⁴ KOM (2007) 621, S. 3; Report of the Tourism Sustainability Group, Action for more sustainable European tourism, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/tourism/files/docs/tsg/tsg_final_report_en.pdf.

und Tourismus“.⁵⁷⁵ Die konkreten Zielsetzungen der Agenda sind wirtschaftlicher Wohlstand, sozialer Ausgleich und Zusammenhalt sowie Schutz der Umwelt und der Kulturgüter.⁵⁷⁶ Die Kommission identifiziert folgende Herausforderungen: Verringerung der Saisonabhängigkeit der Nachfrage, Bekämpfung der tourismusbedingten Auswirkungen des Verkehrs auf die Umwelt, qualitative Aufwertung der Arbeitsplätze im Tourismus, Reduzierung des Ressourcenverbrauchs und der Umweltverschmutzung an touristischen Reisezielen, nachhaltige Erhaltung und Bewirtschaftung natürlicher und kultureller Ressourcen und die Ermöglichung der Teilnahme aller am Tourismuserlebnis.⁵⁷⁷ Diesen Herausforderungen solle durch möglichst kohärente Maßnahmen mit einem ganzheitlichen *Bottom-up*-Ansatz begegnet werden.⁵⁷⁸

Im Konkreten solle durch bewährte Verfahren wie beispielsweise der Organisation von Konferenzen, Veranstaltungen des Europäischen Tourismusforums, der Veröffentlichung von Handbüchern oder der Einrichtung einer Plattform unter dem Einsatz neuer Technologien der Erfahrungsaustausch beim nachhaltigen Reisezielmanagement verbessert werden.⁵⁷⁹ Darüber hinaus seien die verschiedenen, als Finanzinstrumente dienenden Fonds, besser zu mobilisieren.⁵⁸⁰

dd) Maßnahmen seit dem Vertrag von Lissabon

Die neue Kompetenz in Art. 195 AEUV nutzt die Kommission im Jahr 2010, um durch einen Aktionsplan einen neuen politischen Rahmen für den europäischen Tourismus zu konstruieren.⁵⁸¹ Die Kommission interpretiert Art. 195 AEUV so, dass die Union die Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Tourismusbereich unterstützen, koordinieren und ergänzen darf.⁵⁸² Ziel des Aktionsplanes ist es, den wirtschaftlichen Erfolg des Tourismus in Europa zu fördern und gleichzeitig den Anliegen in den Bereichen Soziales, territorialer Zusammenhalt sowie Schutz und Aufwertung des natürlichen und kulturellen Erbes Rechnung zu tragen.⁵⁸³ Dazu bildet die Kommission vier Schwerpunktbereiche: 1. Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit des Tourismus in Europa, insbesondere Förderung der Diversi-

⁵⁷⁵ Notarstefano, European Sustainable Tourism, S. 4.

⁵⁷⁶ KOM (2007) 621, S. 4 mit Verweis auf eine ausführlichere Darstellung der Zielsetzung im Report of the Tourism Sustainability Group, Action for more sustainable European tourism, S. 18ff.

⁵⁷⁷ KOM (2007) 621, S. 4/5.

⁵⁷⁸ KOM (2007) 621, S. 5ff.

⁵⁷⁹ KOM (2007) 621, S. 9/10. Eine der Maßnahmen ist auch das Programm EDEN (European Destinations of Excellence). Das Programm basiert auf einer jährlichen Auszeichnung für herausragende Tourismusziele in verschiedenen Mitgliedstaaten. Der Wettbewerb steht jedes Jahr unter einem anderen Thema, wie bspw. Tourismus und geschützte Gebiete (2009) oder Wassertourismus (2010).

⁵⁸⁰ KOM (2007) 621, S. 11; zu den verschiedenen Fonds, die zur Finanzierung von tourismusbezogenen Vorhaben verwendet werden können vgl. KOM (2006) 134.

⁵⁸¹ KOM (2010) 352.

⁵⁸² KOM (2010) 352, S. 4.

⁵⁸³ KOM (2010) 352, S. 7.

fizierung des Angebots, Unterstützung von Innovation, Verbesserung der Fachkenntnisse sowie Verlängerung der Tourismussaison, 2. Förderung der Bemühungen um einen nachhaltigen, verantwortungsvollen Qualitätstourismus, insbesondere durch Einführung des europäischen Gütesiegels und Ausschreibung von Wettbewerben, 3. Konsolidierung des Images und der Außenwirkung Europas als ein aus nachhaltigen Qualitätsreisezielen bestehendes Ganzes und 4. bestmögliche Nutzung des Potenzials der politischen Maßnahmen in anderen Bereichen und der Finanzinstrumente der Europäischen Union.⁵⁸⁴ Obwohl andere Organe der Europäischen Union diesen Aktionsplan begrüßen,⁵⁸⁵ wurde er von unabhängigen Stellen kritisch aufgenommen.⁵⁸⁶ Die Kritiker stellen bereits die Notwendigkeit eines Handelns der EU im Tourismusbereich in Frage, da der Tourismus in Europa gerade von dem Wettbewerb zwischen den einzelnen Städten, Regionen und Ländern lebe. Außerdem bestehe die Gefahr, dass die Verleihung von Gütesiegeln zu Wettbewerbsverzerrungen führe.⁵⁸⁷ Des Weiteren sei eine künstliche Verlängerung der Tourismussaison abzulehnen, da die Ballungen in den Sommermonaten nicht auf ein Marktversagen zurückzuführen seien, sondern auf die behördlich vorgegebenen Schulferien und die klimatischen Bedingungen an den Urlaubsorten. Letztlich sollten Umweltschutz- und Nachhaltigkeitsbestrebungen nicht im Rahmen der Tourismuspolitik, sondern durch die Umweltpolitik, deren gesetzliche Rahmenbedingungen auch für den Tourismusbereich gelten, verwirklicht werden.⁵⁸⁸

Des Weiteren hat die Kommission im Jahr 2012 angeregt, die einheitliche Visapolitik der Union zu verbessern, um die Visumsbeantragung für Touristen aus Drittstaaten außerhalb der Europäischen Union zu vereinfachen.⁵⁸⁹ Da diese Maßnahme vornehmlich Staatsangehörige nichteuropäischer Länder betrifft, hat sie kaum Auswirkung auf die obenstehend beschriebene negative Integration.

Im Jahr 2014 hat die Kommission einen Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zu Qualitätsgrundsätzen im Tourismus abgegeben.⁵⁹⁰ Die Empfehlung soll zwar auf Art. 195 AEUV gestützt werden. Die Kommission stellt jedoch selbst fest, dass aufgrund des Sub-

⁵⁸⁴ KOM (2010) 352, S. 8.

⁵⁸⁵ Vgl. Beratungsergebnisse des Rates Wettbewerbsfähigkeit, Tagung vom 12.10.2010, 14944/10; Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Europa – wichtigstes Reiseziel der Welt: Ein neuer politischer Rahmen für den europäischen Tourismus“, ABl. EU Nr. C 104, S. 13ff.; Bericht des Ausschusses für Verkehr und Fremdenverkehr des Europäischen Parlamentes vom 13.7.2011, 2010/2206 (INI) mit Stellungnahmen des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie, des Ausschusses für regionale Entwicklung, des Ausschusses für Landwirtschaft und ländliche Entwicklung und des Ausschusses für Kultur und Bildung.

⁵⁸⁶ Siehe EU-Mitteilung Tourismuspolitik des Centrums für Europäische Politik vom 8.11.2010.

⁵⁸⁷ EU-Mitteilung, Tourismuspolitik des Centrums für Europäische Politik, S. 3.

⁵⁸⁸ EU-Mitteilung, Tourismuspolitik des Centrums für Europäische Politik, S. 3.

⁵⁸⁹ Mitteilung der Kommission, Belebung des Wachstums in der EU durch Umsetzung und Weiterentwicklung der gemeinsamen Visumpolitik, KOM (2012) 649, nachfolgend zitiert als KOM (2012) 649.

⁵⁹⁰ KOM (2014) 85.

sidiaritätsprinzips die Beteiligung freiwillig sein muss. Darüber hinaus hat die Kommission eine Strategie für mehr Wachstum und Beschäftigung im Küsten- und Meerestourismus veröffentlicht, welche wohl auch auf Art. 195 AEUV gestützt ist.⁵⁹¹ Die Strategie beinhaltet Absichtserklärungen der Kommission, Qualität und Innovation sowie Leistung und Wettbewerbsfähigkeit zu fördern, die Nachhaltigkeit der Branche zu stärken sowie die finanziell verfügbaren Mittel zu maximieren. Den verbesserten Einsatz der Mittel soll ein von der Generaldirektion für Unternehmen und Industrie veröffentlichter Leitfaden über die Nutzung von EU-Geldern im Tourismussektor bewirken.⁵⁹²

Ebenfalls auf Art. 195 AEUV zurückzuführen ist ein Beschluss des Rates vom Juni 2014.⁵⁹³ Dieser ist ein Durchführungsbeschluss zum EWR-Abkommen, welcher aufgrund der Auswirkungen der oben genannten Verordnung zur Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und kleiner und mittlerer Unternehmen auf die Zusammenarbeit der Vertragsparteien im EWR-Abkommen notwendig wurde.⁵⁹⁴ Der Beschluss hat keinen tourismusspezifischen Inhalt.

3. Stellungnahme

Nach den zaghaften Anfängen der europäischen Tourismuspolitik Mitte der achtziger Jahre kam selbige schnell wieder ins Stocken. Dies ist vor allem auf Subsidiaritätsbedenken, die wohl auch im Zusammenhang mit der bis zum Vertrag von Lissabon nicht bestehenden ausdrücklichen Kompetenz der Union zusammenhängen, zurückzuführen. Außerdem wurde die Durchführung des ersten Aktionsplans durch eine Korruptionsaffäre Anfang der neunziger Jahre in der zuständigen Generaldirektion der Kommission behindert. Seit dem Ende der neunziger Jahre rückte die Rolle des Tourismus als Element zur Schaffung von Arbeitsplätzen und der Aspekt eines nachhaltigen Tourismus verstärkt in den Vordergrund. Anhand der Mitteilungen der Kommission wird deutlich, dass ein Großteil der Maßnahmen über andere Politikbereiche, wie zum Beispiel die Finanzierung über Strukturfonds, den Verbraucherschutz oder die Unternehmenspolitik, durchgeführt werden sollen und dass Aufgabe der Tourismuspolitik lediglich die Koordinierung dieser Bereiche zur Gewährung von Kohärenz ist. Im Bereich des Tourismus selbst sind lediglich unverbindliche Kooperations- und Informationsformen, wie die offene Methode der Koordinie-

⁵⁹¹ KOM (2014) 86.

⁵⁹² Guide on EU Funding for the Tourism Sector 2014-2020, herunterladbar unter: http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/tourism/index_de.htm.

⁵⁹³ Beschluss des Rates vom 23.6.2014 über den im Namen der Europäischen Union im Gemeinsamen EWR-Ausschuss zur Änderung von Protokoll 31 zum EWR-Abkommen über die Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen außerhalb der vier Freiheiten zu vertretenden Standpunkt, ABl. EU Nr. L 184, S. 16f.

⁵⁹⁴ siehe oben unter Kapitel 4, B., III., 2., a).

zung, Best Practices sowie Wissens- und Informationsaustausch, vorgesehen. Insgesamt sind somit die tourismusspezifischen Maßnahmen der Union äußerst bescheiden geblieben.⁵⁹⁵ Mit Ausnahme der Verordnung über die Tourismusstatistik bestehen keine rechtsverbindlichen Maßnahmen.

IV. Sekundärrechtsetzung in angrenzenden Kompetenzbereichen

Bei der Untersuchung des Sekundärrechts in angrenzenden Sachbereichen kommt der Charakter des Tourismusbereichs als Querschnittsmaterie besonders deutlich zum Vorschein.⁵⁹⁶ Der EuGH hat im Zusammenhang mit der Verwendung von Kompetenzen aus angrenzenden Bereichen in einer zur Bildungspolitik ergangenen Entscheidung festgestellt, dass die Ausübung der der Gemeinschaft übertragenen Befugnisse sich auch auf Materien auswirken kann, die der Vertrag als solche nicht der Zuständigkeit der Europäischen Union unterworfen hat.⁵⁹⁷ Somit können Maßnahmen mit Auswirkung auf den Tourismus auch auf Grundlage vertraglicher Zuständigkeitsnormen in anderen Bereichen erlassen werden.

1. Binnenmarkt

Der Binnenmarkt war von Beginn an eines der vorherrschenden Ziele in der Europäischen Union. Dementsprechend wurden auf die Binnenmarktkompetenzen viele Sekundärrechtsakte gestützt. Einige davon haben einen eigenen Regelungsgehalt im Tourismusbereich.

a) Kompetenz nach Art. 114 AEUV

Art. 114 AEUV sieht den Erlass von Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten vor, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Dies gilt gemäß Abs. 2 nicht für Bestimmungen über die grundfreiheitliche und allgemeine Freizügigkeit.⁵⁹⁸ Die Rechtsetzungskompetenz im Binnenmarkt ist eine geteilte Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV). Diese Kompetenzgrundlage ist funktionaler Natur, das heißt alle Maßnahmen sind Mittel zum Zweck der Verwirklichung des Binnenmarktes.⁵⁹⁹ Unter den freien Dienstleistungs-

⁵⁹⁵ Vgl. auch *Tonner*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, A 12 Vorbemerkung, Rn. 26, 13. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 1999.

⁵⁹⁶ Vgl. dazu bereits Kapitel 2, B. III.

⁵⁹⁷ EuGH, Rs. 9/74, Slg. 1974, I-774, Tz. 6 – Casagrande.

⁵⁹⁸ So *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 16/17; aA: *Knigge*, Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs, S. 72; *Tieje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 114 AEUV, Rn. 91, die die Ausnahme nur auf die allgemeine Freizügigkeit beziehen.

⁵⁹⁹ *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 2.

verkehr, der im Binnenmarkt angestrebt wird, fallen auch touristische Dienstleistungen.⁶⁰⁰ Aus diesem Grund wurden zwei für den Tourismusbereich wichtige Rechtsakte auf die Binnenmarktkompetenz gestützt: Die Pauschalreise-Richtlinie und die Time-Sharing-Richtlinie.

b) Pauschalreise-Richtlinie

Die Pauschalreise-Richtlinie 90/314/EWG⁶⁰¹ von 1990 beruht auf der Binnenmarktkompetenz und verfolgt das Ziel, einen gemeinsamen Dienstleistungsmarkt zu verwirklichen und den Verbraucherschutz zu verbessern. Aufgrund des Querschnittscharakters des Tourismusbereichs soll die Auslegung der Richtlinie nicht nur dieser Zielsetzungen entsprechen, sondern auch andere Politikbereiche, wie den Umweltschutz und die Verkehrspolitik, einbeziehen.⁶⁰²

Die Richtlinie bezweckt die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Pauschalreisen, die in der Gemeinschaft verkauft oder zum Verkauf angeboten werden.⁶⁰³ Dabei schreibt sie in Art. 8 ein Mindeststandardprinzip fest, wonach die Mitgliedstaaten in dem unter die Richtlinie fallenden Bereich auch strengere Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers erlassen können. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie enthält eine Legaldefinition des Begriffs der Pauschalreise. Darunter ist eine im Voraus festgelegte Verbindung von mindestens zwei der im Folgenden genannten Dienstleistungen zu verstehen, die – ohne Tagesreise zu sein – zu einem Gesamtpreis verkauft beziehungsweise angeboten werden: Beförderung, Unterbringung, andere wesentliche touristische Dienstleistung, die nicht Nebenleistungen von Beförderung oder Unterbringung sind und einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen.⁶⁰⁴ Für diese Reisen enthält die Richtlinie Mindestvorgaben für Prospektangaben, die Ausgestaltung der vertraglichen Rechte und Pflichten des Veranstalters beziehungsweise Vermittlers und des Reisenden, das Haftungsregime sowie die Absicherung der Erstattung gezahlter Beträge und der Rückreise bei Zahlungsunfähigkeit des Veranstalters oder Vermittlers.

⁶⁰⁰ *Knigge*, Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs, S. 72.

⁶⁰¹ RL 90/314/EGW über Pauschalreisen, ABl. EU Nr. L 158, S. 59.

⁶⁰² *Tonner*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Sekundärrecht, Kommentierung Pauschalreiserichtlinie, Vorbemerkung A 12, Rn. 28, 13. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 1999.

⁶⁰³ *Tonner*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Sekundärrecht, Kommentierung der Pauschalreiserichtlinie, A 12, Art. 1, Rn. 1, 13. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 1999.

⁶⁰⁴ Vgl. zur Auslegung dieser Legaldefinition auch *Führich*, Die EU-Pauschalreise-Richtlinie und neue Rechtsprechung von EuGH und BGH, MDR 2011, S. 1209ff; zur gesamten RL siehe *Wagenbaur*, Neure Entwicklungen im Bereich des Tourismus-Rechts der Europäischen Gemeinschaft, RRA 1997, S. 27, 30.

Gemäß der verbraucherpolitischen Strategie 2007-2013 der Kommission soll die Pauschalreiserichtlinie überarbeitet werden,⁶⁰⁵ um der erheblichen Bedeutung der Onlinebuchung einzelner Reiseleistungen statt eines gesamten Reisepaketes und des elektronischen Geschäftsverkehrs Rechnung zu tragen.⁶⁰⁶ Ein neuer Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2013 wurde von Rat und Parlament 2015 angenommen und ist bis Mitte 2018 von den Mitgliedstaaten umzusetzen.⁶⁰⁷ In Abwendung vom Prinzip der Minimalharmonisierung wurde in Art. 4 der neuen Richtlinie der Versuch einer Vollharmonisierung mit punktuellen Öffnungsklauseln unternommen.⁶⁰⁸ Dies schränkt den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung ein.

c) Time-Sharing-Richtlinie

Die Time-Sharing-Richtlinie⁶⁰⁹ hat ebenfalls einen Erneuerungsprozess durchlaufen. Die Richtlinie 2008/122/EG ersetzt die Richtlinie 94/74/EG und passt diese durch einen erweiterten Anwendungsbereich und die Erfassung von in der Praxis beobachteten Umgehungsversuchen an die neuen Marktbedingungen an. Außerdem wird, wie sich aus den Erwägungsgründen ergibt, durch die Neuregelung auch hier das Konzept der Vollharmonisierung festgeschrieben, während die ältere Richtlinie noch dem Konzept der Mindestharmonisierung folgte.⁶¹⁰ Beide Richtlinien beruhen auf der Binnenmarktkompetenz, obwohl der materielle Hauptzweck der Richtlinien im Verbraucherschutz liegt und mit Art. 153 EGV beziehungsweise Art. 169 AEUV auch eine Rechtsgrundlage für Verbraucherschutzpolitik zur Verfügung gestanden hätte. Diese erlaubt allerdings in Abs. 3 lit. a beziehungsweise Abs. 2 lit. a AEUV ausdrücklich, auf die Rechtsgrundlagen im Bereich des Binnenmarkts zur Verwirklichung des Verbraucherschutzes zurückzugreifen.⁶¹¹ Der Bezug zur Binnenmarktkompetenz lässt sich vorliegend aufgrund der Relevanz des freien Kapital- und Dienstleistungsverkehrs und der Entwicklung eines gemeinsamen Fremden-

⁶⁰⁵ Mitteilung der Kommission, Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007-2013), KOM (2007) 99.

⁶⁰⁶ *Tonner*, Wieviel Vollharmonisierung verträgt das Reiserecht?, VuR 2010, S. 201.

⁶⁰⁷ RL 2015/2302 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, ABl. EU Nr. L 326, S. 1.

⁶⁰⁸ *Tonner*, in: Münchener Kommentar BGB, Vorbemerkung vor § 651a BGB, Rn. 55; sehr kritisch dazu Stellungnahme des Bundesverbandes Verbraucherzentrale vom 9.3.2010 gegenüber dem Bundesministerium der Justiz anlässlich der Überarbeitung der Europäischen Pauschalreiserichtlinie; ebenfalls kritisch *Führich*, Umsetzung der neuen EU-Pauschalreiserichtlinie in das BGB unter besonderer Berücksichtigung des Anwendungsbereichs, RRA 2016, S. 210, 211.

⁶⁰⁹ RL 2008/122/EG über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl. EU Nr. L 33, S. 10.

⁶¹⁰ *Franzen*, Neue Regeln im Time-Sharing, NZM 2011, S. 217, 218; *Micklitz/Rott*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt H V, Rn. 376ff.

⁶¹¹ Vgl. auch *Wagenbaur*, Neuere Entwicklungen im Bereich des Tourismus-Rechts der Europäischen Gemeinschaft, RRA 1997, S. 27, 29.

verkehrsmarkts für einen funktionierenden gemeinsamen Binnenmarkt herstellen.⁶¹² So schreibt auch Art. 1 der Richtlinie das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes und das Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus als Ziele der Richtlinie fest. Legaldefinitionen der unterschiedlichen Tourismusprodukte, wie Teilnutzungsvertrag, Vertrag über ein langfristiges Urlaubsprodukt, Wiederverkaufsvertrag und Tauschvertrag, enthält Art. 2 der Richtlinie. Anschließend werden Modalitäten der Werbung für die Tourismusprodukte und vorvertragliche Informationspflichten gegenüber den Verbrauchern geregelt. Außerdem erhalten Verbraucher – neben den nationalen Rechtsbehelfen – das Recht, den abgeschlossenen Vertrag innerhalb von 14 Tagen ohne die Angabe von Gründen zu widerrufen. Letztlich wird in Art. 13 sichergestellt, dass geeignete und wirksame Rechtsbehelfe die Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie gewährleisten.

Die alte Richtlinie wurde zum Teil als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip gewertet. Allerdings reicht das rein nationale Verbraucherrecht zum wirksamen Schutz der Verbraucher nicht aus, da das Time-Sharing-Geschäft typischerweise grenzüberschreitend stattfindet, die Anbieter und Erwerber verschiedener Nationalität sind und die Verträge häufig Rechtswahlklauseln zugunsten anderer Jurisdiktionen enthalten.⁶¹³

2. Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten im Vertrag sind nicht nur unter dem Aspekt der negativen Integration zu sehen.⁶¹⁴ Sie enthalten vielmehr auch Rechtsgrundlagen, um gestaltend tätig zu werden und Sekundärrecht zu erlassen. Zum Teil wird vertreten, dass Sekundärrecht, welches die Rechtsprechung lediglich systematisiere und gesetzlich festschreibe, keine positive Integration sei, sondern nur ein Mittel, um negative Integration transparenter zu machen.⁶¹⁵ Allerdings gibt es kaum Sekundärrecht, das ausschließlich die Rechtsprechung kodifiziert, ohne zusätzliche Regelungen zu enthalten oder in der Sache hinter der Rechtsprechung zurückzubleiben oder über diese hinauszugehen. Außerdem wird bei der Kodifizierung eine Regelung für die Allgemeinheit durch die zur Rechtsetzung bestimmten demokratisch legitimierten Organe der Europäischen Union geschaffen, sodass eine Vielzahl der in Kapitel 1 beschriebenen Charakteristika der positiven Integration erfüllt ist.

Im Rahmen der für den Tourismus besonders relevanten Dienstleistungsfreiheit können nach Art. 62 i. V. m. Art. 53 Abs. 1 AEUV gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsver-

⁶¹² *Martinek*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Sekundärrecht, Kommentierung Time-Sharing-Richtlinie, Vorbemerkung A 13, Rn. 68/69, 13. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 1999.

⁶¹³ *Martinek*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Sekundärrecht, Kommentierung Time-Sharing-Richtlinie, Vorbemerkung A 13, Rn. 73, 13. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 1999.

⁶¹⁴ *Ress*, Kultur und europäischer Binnenmarkt, S. 36.

⁶¹⁵ *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market economy“, *Socio-Economic Review* 2010, S. 211, 225.

fahren zur Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten Richtlinien erlassen werden, die die gegenseitige Anerkennung von Befähigungsnachweisen sowie die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten beinhalten. Der Begriff der Koordinierung ist dabei nicht im Sinne der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen nach Art. 2 Abs. 5 AEUV zu verstehen, sondern hat einen – je nach Sachzusammenhang zu bestimmenden – eigenständigen Charakter. In vorliegendem Sachzusammenhang ähnelt Koordinierung im Sinne des Art. 53 Abs. 1 AEUV den Begriffen der Rechtsangleichung und Harmonisierung.⁶¹⁶ Die Koordinierung bezieht sich auch auf die Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Vorschriften und umfasst somit nicht nur grenzüberschreitende, sondern auch rein innerstaatliche Sachverhalte.⁶¹⁷

Außerdem ermächtigt Art. 59 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zum Erlass von Richtlinien im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung.

a) **Dienstleistungsrichtlinie**

Die Dienstleistungsrichtlinie stützt sich auf die Kompetenz in Art. 47 Abs. 2 i. V. m. Art. 55 EGV in der Fassung von Nizza (heute: Art. 62 i. V. m. Art. 53 Abs. 1 AEUV).⁶¹⁸ Ausgangspunkt für die Verabschiedung der Dienstleistungsrichtlinie war, dass nationales Recht oftmals der Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit entgegenstand. Das Abwarten der Überprüfung der jeweiligen Einzelfälle durch den EuGH stellte – insbesondere nach der letzten Erweiterung der Union – keine zufriedenstellende, da wenig systematische, Alternative dar.⁶¹⁹ Die Richtlinie verfolgt einen bereichsübergreifenden horizontalen Ansatz.⁶²⁰ Mit Ausnahme der Verkehrsdienstleistungen, die gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. d vom Anwendungsbereich ausgenommen sind, findet die Richtlinie auf alle Dienstleistungen Anwendung, die im Rahmen des Tourismus ausgetauscht werden. Dies wird durch den Erwägungsgrund Nr. 33 und eine Pressemitteilung des Rates unterstrichen, in denen ausdrücklich auf Leistungen von Autovermietungen und Reisebüros sowie den Fremden-

⁶¹⁶ *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, § 4 Rn. 11; *Parlow*, Die EG-Dienstleistungsrichtlinie, S. 44.

⁶¹⁷ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 53 AEUV, Rn. 19.

⁶¹⁸ RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU Nr. L 376, S. 36.

⁶¹⁹ Erwägungsgrund Nr. 6 der RL; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 25, Rn. 23; *Parlow*, Die EG-Dienstleistungsrichtlinie, S. 46; *Streinz*, in: Leible, Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 95, 106.

⁶²⁰ *Roth*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt E I, Rn 224, 31. Ergänzungslieferung, Stand: 2012; *Streinz/Leible*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Einleitung, Rn. 27.

verkehr einschließlich der Fremdenführer, Freizeitangebote, Sportzentren und Freizeitpark verwiesen wird.⁶²¹

Vor dem Erlass der Richtlinie gab es erhebliche Kontroversen über die genaue Ausgestaltung der Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes. Der erste Kommissionsvorschlag für die Dienstleistungsrichtlinie enthielt das Herkunftslandprinzip.⁶²² Danach ist der Erbringer von Dienstleistungen allein den Anforderungen des eigenen Herkunftslandes unterworfen.⁶²³ Dieser Vorschlag ging über die bloße Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit erheblich hinaus.⁶²⁴ Das Herkunftslandprinzip findet nämlich weder in der Rechtsprechung noch im Primärrecht eine direkte Entsprechung.⁶²⁵ Im Primärrecht heißt es in Art. 57 Abs. 3 AEUV, dass der Leistende seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben kann, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt (Bestimmungslandprinzip) – also nicht unter den Voraussetzungen des Herkunftslandes. Auch das in der Rechtsprechung entwickelte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung entspricht nicht dem Herkunftslandprinzip.⁶²⁶ Kernelement des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ist die Anerkennung der Gleichwertigkeit der Voraussetzungen, die im Herkunftsland hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistung verlangt werden, für die Erbringung der Dienstleistung im Zielland. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung legt jedoch keinen automatischen Vorrang der Bestimmungen des Herkunftslandes fest, sondern beinhaltet eine vorherige Prüfung der Gleichwertigkeit der Anforderungen. Außerdem wird die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen durch das Zielland und nicht – wie beim Herkunftslandprinzip – durch das Herkunftsland durchgeführt.⁶²⁷ Das Herkunftslandprinzip geht somit über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung hinaus. Ein Vergleich des ersten Richtlinienentwurfs mit dem Wortlaut des in Art. 57 Abs. 3 AEUV enthaltenen Be-

⁶²¹ Pressemitteilung des Rates 9926/06 vom 29.5.2006, Dienstleistungen im Binnenmarkt: Der Rat einigt sich auf eine Richtlinie, S. 2; *Hatje*, Die Dienstleistungsrichtlinie – Auf der Suche nach dem liberalen Mehrwert, NJW 2007, S. 2357, 2358.

⁶²² *Hatje*, Die Dienstleistungsrichtlinie – Auf der Suche nach dem liberalen Mehrwert, NJW 2007, S. 2357.

⁶²³ Vgl. Art. 16 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2.

⁶²⁴ *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market economy“, Socio-Economic Review 2010, S. 211, 226.

⁶²⁵ *Albath/Giesler*, Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie, EuZW 2006, S. 38; *Möstl*, Wirtschaftsüberwachung von Dienstleistungen im Binnenmarkt, DÖV 2006, S. 281, 284; *Streinz*, in: Leible, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 95, 111.

⁶²⁶ Siehe dazu auch *Kunzmann*, Wege zu einem einheitlichen Binnenmarkt für Dienstleistungen, S. 106ff; nicht ganz sauber *Höpner/Schäfer*, in: Höpner/Schäfer, Die Politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 129, 139.

⁶²⁷ *Calliess*, Europäischer Binnenmarkt und Demokratie, DVBl. 2007, S. 336, 341; *Parlow*, Die EG-Dienstleistungsrichtlinie, S. 44; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 25, Rn. 23; *Möstl*, Wirtschaftsüberwachung von Dienstleistungen im Binnenmarkt, DÖV 2006, S. 281, 284, der davon ausgeht, dass das Herkunftslandprinzip ohne parallele Rechtsangleichung nicht vom Unionsrecht umfasst ist.

stimmungslandprinzips zeigt, dass die Kommission nach mehr Liberalisierung strebte als dies in den Verträgen von den Mitgliedstaaten vereinbart war.⁶²⁸

aa) Regelungen für Dienstleistungserbringer

Der nun in Kraft getretene Art. 16 der Richtlinie normiert den Grundsatz, dass jeder Mitgliedstaat verpflichtet ist, die freie Aufnahme und Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten. Innerstaatliche Anforderungen dürfen nur dann an den Dienstleistungserbringer gestellt werden, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt gerechtfertigt sind und solange sie erforderlich, verhältnismäßig und nicht diskriminierend sind.⁶²⁹ Nach Art. 16 Abs. 1 lit. a ist eine Rechtfertigung von direkten oder indirekten Diskriminierungen grundsätzlich ausgeschlossen.⁶³⁰ Damit ergeben sich im Bereich der Beeinträchtigung und Rechtfertigung nicht zu vernachlässigende Unterschiede zur Rechtsprechung des EuGH. Art. 16 Abs. 3 der Richtlinie normiert die Rechtfertigungsgründe für nationale beschränkende Maßnahmen abschließend, sodass die Mitgliedstaaten nicht mehr auf andere Gründe des Allgemeininteresses zurückgreifen dürfen.⁶³¹ Eine extensive Auslegung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung, die die vom EuGH anerkannten zwingenden Gründe des Allgemeinwohls umfasst, leitet sich aus der Systematik der Richtlinie nicht her.⁶³² Außerhalb der Rechtfertigungsgründe des Art. 16 Abs. 3 gilt somit das Herkunftslandprinzip, denn das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung käme nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung eines grundsätzlich zulässigen Rechtfertigungsgrundes zur Anwendung.⁶³³ Die Dienstleistungsrichtlinie ist somit zwischen dem Prinzip der ge-

⁶²⁸ *Höpner/Schäfer*, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 130, 138.

⁶²⁹ Die Begriffe erforderlich und unverhältnismäßig sind mit geeignet und erforderlich zu übersetzen *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, § 6; *Schmidt-Kessel*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 16, Rn. 49.

⁶³⁰ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 3501; *Schmidt-Kessel*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 16, Rn. 45.

⁶³¹ *Calliess*, Europäischer Binnenmarkt und Demokratie, DVBl. 2007, S. 336, 344; so auch *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 25, Rn. 25; *Schmidt-Kessel*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 16, Rn. 42; *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die Politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 101, 119; *Albath/Giesler*, Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie, EuZW 2006, S. 38, 41; *Streinz*, in: Leible, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 95, 112.

⁶³² Die RL verwendet den Terminus der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ an anderer Stelle (vgl. Art. 5 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 lit. b), Art. 10 Abs. 2 lit. b), Abs. 4, Art. 11 Abs. 1 lit. b), sodass davon auszugehen ist, dass bei Art. 16 eine bewusste Begrenzung vorgenommen wurde, vgl. *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 19, Rn. 53; *Roth*, in: Leible, Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 205, 217 mit Verweis auf Erwägungsgrund 40.

⁶³³ *Calliess*, Europäischer Binnenmarkt und Demokratie, DVBl. 2007, S. 336, 344; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 3500; *Roth*, in: Leible, Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 205, 216.

gegenseitigen Anerkennung und dem Herkunftslandprinzip angesiedelt.⁶³⁴ Darüber hinaus enthält sie in ihrer jetzigen Fassung – entgegen des Kommissionsvorschlags – in Art. 16 wegen der Mindestanforderungen beziehungsweise -verbote für staatliche Maßnahmen auch ein Mindestmaß an Harmonisierung.⁶³⁵

bb) Regelungen für Dienstleistungsempfänger

Nach Art. 19 dürfen die Mitgliedstaaten an den Empfänger keine Anforderungen stellen, die die Inanspruchnahme einer Dienstleistung von einem Dienstleister beschränken, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist. Dieser Wortlaut umfasst vier Konstellationen der grenzüberschreitenden Dienstleistung: Erstens den Grenzübertritt durch den Erbringer, zweitens den Grenzübertritt durch den Empfänger, drittens Korrespondenzdienstleistungen, d.h. nur die Dienstleistung überschreitet die Grenze und viertens die Grenzüberschreitung durch Empfänger und Erbringer der Dienstleistung, soweit diese aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten stammen.⁶³⁶ Die Konstellation wie sie in den Fremdenführerfällen vorliegt, nämlich dass Erbringer und Empfänger aus demselben Mitgliedstaat stammen und die Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird, ist vom Wortlaut des Art. 19 der Richtlinie nicht umfasst und wäre nur nach teleologischer Auslegung in die Vorschrift hineinzulesen.⁶³⁷ Grundsätzlich ist in Art. 19 die Rechtsprechung des EuGH zur Anerkennung der passiven Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot sekundärrechtlich festgeschrieben. Allerdings bleibt die Reichweite des Art. 19 hinter der Rechtsprechung des EuGH zurück. Das Beschränkungsverbot gilt nämlich nur für die Inanspruchnahme einer Dienstleistung, sodass eine intendierte (konkrete) Dienstleistungsbeziehung – vergleichbar mit dem Merkmal der Finalität – verlangt wird.⁶³⁸ Danach reicht die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme einer touristischen Dienstleistung nicht aus, um den Schutzbereich von Art. 19 für den Reisenden zu eröffnen.⁶³⁹ Wie bereits oben dargestellt, verlangt die Rechtsprechung des EuGH jedoch gerade keine bereits intendierte Dienstleistungsbeziehung.⁶⁴⁰

Auffallend ist, dass Art. 19 – im Gegensatz zur Parallelvorschrift für die aktive Dienstleistungsfreiheit (Art. 16) – keinerlei Rechtfertigungsmöglichkeiten enthält. Aufgrund der Parallelen zwischen aktiver und passiver Dienstleistungsfreiheit stellt sich die Frage der

⁶³⁴ *Calliess*, Europäischer Binnenmarkt und Demokratie, DVBl. 2007, S. 336, 344; *Streinz*, in: Leible, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 95, 112; a.A. *Schmidt*, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 467.

⁶³⁵ *Calliess*, Europäischer Binnenmarkt und Demokratie, DVBl. 2007, S. 336, 343.

⁶³⁶ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 19, Rn. 38ff.

⁶³⁷ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 19, Rn. 41.

⁶³⁸ *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht der EU, § 6 Rn. 156.

⁶³⁹ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 19, Rn. 31.

⁶⁴⁰ Vgl. Kapitel 3, B., I., 3., a).

Übertragung der Rechtfertigungsgründe aus Art. 16 Abs. 3 auf die Regelungen zur passiven Dienstleistungsfreiheit. Einige Autoren schließen die Übertragbarkeit aus, da die Beschränkungen der passiven Dienstleistungsfreiheit relativ geringe Bedeutung hätten und somit nicht zu befürchten sei, dass sich das Fehlen von Rechtfertigungsmöglichkeiten in Art. 19 auswirke.⁶⁴¹ Wie bereits dargestellt, bestehen jedoch gerade im Tourismusbereich oftmals Beschränkungen der passiven Dienstleistungsfreiheit, sodass dieser Konstellation sehr wohl eine Relevanz zukommt. Außerdem ist aufgrund des Gleichlaufs zwischen der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit nicht ersichtlich, wieso die passive Dienstleistungsfreiheit stärker zu schützen sein sollte als die aktive Dienstleistungsfreiheit. Mit hin sind die in Art. 16 Abs. 3 enthaltenen Rechtfertigungsmöglichkeiten auch auf Beschränkungen der passiven Dienstleistungsfreiheit anzuwenden.⁶⁴²

Neben dem Beschränkungsverbot in Art. 19 enthält Art. 20 der Richtlinie spezielle Diskriminierungsverbote gegenüber Dienstleistungsempfängern. Nach Abs. 1 dürfen Empfängern keine diskriminierenden Anforderungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes auferlegt werden. Die Regelung erfasst somit direkte und indirekte Diskriminierungen, soweit sie an den Wohnsitz anknüpfen.⁶⁴³ Eine Rechtfertigungsmöglichkeit enthält Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie nicht. Allerdings enthält Abs. 2, der ebenfalls direkte und indirekte Diskriminierungen verbietet, die Möglichkeit, Unterschiede bei den Bedingungen für den Zugang zu einer Dienstleistung durch objektive Kriterien zu rechtfertigen. Diese Rechtfertigungsmöglichkeit muss als Absatz 3 gelesen werden und ist daher auf Absatz 1 zu übertragen.⁶⁴⁴ Zur Begründung sei hier auf den Erwägungsgrund Nr. 94 verwiesen, wonach das Verbot diskriminierender Anforderungen nicht verhindern soll, dass bestimmte Vergünstigungen bestimmten Dienstleistungsempfängern vorbehalten sind, wenn dies auf berechtigten und objektiven Kriterien beruht. Außerdem geht auch das Handbuch der Kommission zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Erläuterung des Art. 20 eindeutig von einer Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen des Absatz 1 aus.⁶⁴⁵

Der bereits aufgrund seiner Rechtfertigungsmöglichkeiten erwähnte Absatz 2 von Art. 20 enthält – abgesehen vom Rechtfertigungsgrund durch objektive Kriterien – ein relatives Verbot für Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes in

⁶⁴¹ *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht der EU, § 6 Rn. 164.

⁶⁴² *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 19, Rn. 52.

⁶⁴³ *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, § 6, Rn. 143; a.A. *Herrestahl*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 20, Rn. 10, der davon ausgeht, dass alle indirekten Diskriminierungen erfasst sind.

⁶⁴⁴ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 3507; *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 20, Rn. 11; a. A. *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, § 6, Rn. 144.

⁶⁴⁵ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 20 Rn. 11; Handbuch der Kommission zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 53.

allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu einer Dienstleistung, die der Dienstleistungserbringer bekannt gemacht hat. Diese Regelung bezieht den Grundsatz der Nichtdiskriminierung der Dienstleistungsempfänger auf allgemeine Geschäftsbedingungen und bestimmt somit, dass auch private Dienstleistungserbringer den Dienstleistungsempfänger nicht diskriminieren dürfen.⁶⁴⁶

cc) **Stellungnahme**

Die Dienstleistungsrichtlinie ist zum Teil enger und zum Teil weiter als die primärrechtlichen Grundfreiheiten nach der Rechtsprechung des EuGH.

Einerseits bleibt sie hinter dem Schutz der Dienstleistungsfreiheit durch die Rechtsprechung des EuGH zurück. Ihre Reichweite ist beschränkt, da viele Bereiche wie der Verkehrsbereich vom Anwendungsbereich ausgenommen sind. Außerdem fordert die Richtlinie in Art. 19 bei den Dienstleistungsempfängern eine gewisse Finalität und somit einen engeren Bezug zur einer konkreten Dienstleistung als der EuGH. Andererseits verhilft die Richtlinie der Dienstleistungsfreiheit zu mehr Raum, da sie in Art. 16 Abs. 1 lit. a ein absolutes Verbot von direkten und indirekten Diskriminierungen für Dienstleistungserbringer und nur eingeschränkte Rechtfertigungsmöglichkeiten von Beschränkungen für Dienstleistungserbringer und -empfänger enthält. Ist die beschränkende Maßnahme eines Mitgliedstaates nicht zu rechtfertigen, gilt im Ergebnis das Herkunftslandprinzip.⁶⁴⁷ Zwar mag das Sekundärrecht in diesen Fällen über die Rechtsprechung des EuGH hinausgehen, was auf den progressiven Vorschlag der Kommission zurückzuführen ist. Allerdings führt der überschießende Teil aufgrund der faktischen Anwendung des Herkunftslandprinzips zu einer erheblichen Einschränkung des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten.

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei der Umsetzung in nationales Recht für eine Einhaltung der Regelungen des Vertrages zur Dienstleistungsfreiheit zu sorgen. Dies ist aufgrund der Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundfreiheiten und der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Angesichts der vorstehenden Unterschiede in der Reichweite sowie den Rechtfertigungsmöglichkeiten zwischen der Dienstleistungsrichtlinie einerseits und der Dienstleistungsfreiheit in ihrer Ausgestaltung durch den EuGH andererseits gewinnt dieser Hinweis jedoch an Bedeutung.⁶⁴⁸ Der Richtliniengesetzgeber hat in Kenntnis der Rechtsprechung des EuGH zu der Dienstleistungsfreiheit die Richtlinie formuliert und dabei Abweichungen

⁶⁴⁶ Roth, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt E I, Rn. 252, 31. Ergänzungslieferung, Stand: 2012; Calliess/Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, § 6 Rn. 145ff.; Herresthal, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 20, 15.

⁶⁴⁷ Roth, in: Leible, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 205, 216.

⁶⁴⁸ Vgl. Streinz, in: Leible, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 95, 109.

von der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit zugelassen. Es ist somit davon auszugehen, dass eine primärrechtskonforme Auslegung bis in die letzte Verästelung der Rechtsprechung des EuGH nicht gewollt war.⁶⁴⁹

b) Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen

Die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁶⁵⁰ stützt sich auf die aus den Grundfreiheiten fließenden Kompetenzen in Art. 46, 53 Abs. 1 und 2, Art. 62 AEUV (Art. 40, 47 Abs. 1 und 2, Art. 55 EGV in der Fassung von Nizza). Sie ersetzt mitunter die Richtlinie 1999/42/EG, welche Regelungen für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für selbstständige Tätigkeiten in Reisebüros, im Restaurations- und Schankgewerbe sowie im Beherbergungs- und Zeltplatzgewerbe zusammenfasste.⁶⁵¹

Die Richtlinie zur Anerkennung der Berufsqualifikationen bestimmt die Bedingungen, nach denen ein Mitgliedstaat, in einem anderen Mitgliedstaat erworbene Berufsqualifikationen anerkennen muss (Art. 1) und sieht die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen vor. Allerdings schreibt sie auch positiv fest, unter welchen Voraussetzungen die gegenseitige Anerkennung stattfinden muss, sodass sie letztlich auf der größeren wirtschaftlichen Einheit eine allgemeinverbindliche Regelung trifft. Das Kapitel über Dienstleistungen statuiert die Voraussetzungen, unter denen es den Mitgliedstaaten verboten ist, die Dienstleistungsfreiheit aufgrund von Berufsqualifikationen einzuschränken (vgl. Art. 5 ff.). Im Kapitel über die Niederlassungsfreiheit wird geregelt, in welcher Art und Weise ein bestimmter Beruf ausgeübt worden sein muss, damit der Aufnahmemitgliedstaat die Ausübung als ausreichenden Nachweis für allgemeine, kaufmännische und fachliche Kenntnisse anerkennen muss (Art. 16). Der Anhang IV der Richtlinie enthält unter anderem Regelungen über die Art und Weise der Berufsausübung von Reisebegleitern und Dolmetschern im Fremdenverkehr.⁶⁵²

c) Prinzip der gegenseitige Anerkennung im Sekundärrecht als positive Integration

Sowohl die Dienstleistungsrichtlinie als auch die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen schreiben zumindest zum Teil das Prinzip der gegenseitigen Aner-

⁶⁴⁹ Vgl. *Roth*, in: Leible, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 205, 216f.

⁶⁵⁰ RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. EU Nr. L 255, S. 22.

⁶⁵¹ RL 1999/42/EG über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise, ABl. EU Nr. L 201, S. 77.

⁶⁵² Anhang IV der RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. EU Nr. L 255, S. 22, 71.

kennung fest. Fraglich ist, wie Sekundärrecht einzuordnen ist, dass die gegenseitige Anerkennung festschreibt. Eine gewisse Nähe zur negativen Integration liegt auf der Hand, da keine gemeinsamen neuen Standards auf der höheren Einheit geschaffen werden, sondern lediglich eine gegenseitige Anerkennung der nationalen Regelungen stattfindet. Zum Teil wird daher angenommen, dass Sekundärrecht, welches die gegenseitige Anerkennung festschreibt, negative Integration sei.⁶⁵³ Dies entspricht auf den ersten Blick auch dem Charakteristikum der negativen Integration, keine eigenen neuen Regelungen zu schaffen. Allerdings beinhaltet das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf den zweiten Blick nicht nur Elemente des Unterlassens, sondern erfordert auch ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten. Den Mitgliedstaaten obliegt nämlich die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Erbringung der Dienstleistung im konkreten Einzelfall.⁶⁵⁴ Sie müssen zunächst die Gleichwertigkeit der Regelungen des Herkunftsstaates prüfen und auch den Fortbestand der Gleichwertigkeit später kontrollieren. Demnach ist auch eine Charakterisierung als positive Integration möglich.

Auch wenn man negative und positive Integration institutionell abgrenzt anhand der Ausübung der Rechtsetzungskompetenzen auf der größeren wirtschaftlichen Einheit, wird die Nähe von Sekundärrecht, welches gegenseitige Anerkennung vorschreibt, zur positiven Integration deutlich, da selbiges aus der Feder des Rates und des Parlamentes stammt.⁶⁵⁵ Außerdem kann – wie bereits festgestellt – positive Integration auch marktschaffende Wirkung haben.⁶⁵⁶ Somit ist Sekundärrecht, das das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung vorschreibt, der positiven Integration zuzuordnen.

3. Freizügigkeitsrecht

Wie dargestellt, spielt das Freizügigkeitsrecht eine besondere Rolle im Tourismusbereich. Das Recht der Unionsbürger auf Freizügigkeit wird durch ein Wechselspiel zwischen Primär- und Sekundärrecht bestimmt.

a) Kompetenz

Nach Art. 21 Abs. 2 AEUV kann die Union das Freizügigkeitsrecht durch Sekundärrecht erleichtern soweit dies erforderlich ist und die Verträge hierfür keine anderen Befugnisse vorsehen. Bei der Ausgestaltung muss sie sich aber an die Vorgaben des Primärrechts hal-

⁶⁵³ *Krajewski*, Grenzüberschreitende Patientenmobilität in Europa zwischen negativer und positiver Integration, EuR 2010, S. 165, 167; *Ress*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, S. 34ff.

⁶⁵⁴ *Calliess*, Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie, DVBl. 2007, S. 336, 341.

⁶⁵⁵ *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 6; *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 79; *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 53.

⁶⁵⁶ *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 49.

ten.⁶⁵⁷ Folglich wird das Sekundärrecht, soweit möglich, primärrechtskonform ausgelegt. Dieses Wechselspiel zwischen Primär- und Sekundärrecht begann mit der primärrechtlichen Regelung der Freizügigkeit im Vertrag von Maastricht. Zuvor ergab sich die Freizügigkeit allein sekundärrechtlich aus bereichsspezifischen Richtlinien. Seit dem Vertrag von Lissabon besteht in Art. 21 Abs. 3 AEUV darüber hinaus die Möglichkeit, im besonderen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen zu erlassen, die die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz betreffen, sofern die Verträge hierfür keine anderen Befugnisse vorsehen.

b) Anfängliche sekundärrechtliche Regelungen zur Freizügigkeit

Die Richtlinie 64/221/EWG enthielt Regelungen für Staatsangehörige (sowie deren Ehegatten und Familienangehörigen), die sich in einen anderen Mitgliedstaaten begeben, um dort eine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen.⁶⁵⁸ Sie beschränkte sich allerdings auf die Rechtfertigung von Sondervorschriften aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit. Die Richtlinie 73/148/EWG⁶⁵⁹ sicherte dem Dienstleistungsempfänger ein Aufenthaltsrecht für die Dauer der Empfangnahme der Dienstleistung.⁶⁶⁰ Sollte der dienstleistungsbezogene Aufenthalt allerdings länger als drei Monate dauern, musste der Aufenthaltsstaat eine deklaratorische Erlaubnis ausstellen. Im Jahr 1979 unterbreitete die Kommission einen Vorschlag für ein allgemeines Aufenthaltsrecht, welches von der Erbringung beziehungsweise Inanspruchnahme von Dienstleistungen unabhängig sein sollte.⁶⁶¹ Dieser Vorschlag scheiterte jedoch.⁶⁶² Erst 1990 wurde in der Richtlinie 90/364/EWG⁶⁶³ ein allgemeines Aufenthaltsrecht für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten eingeführt. Dieses Aufenthaltsrecht unterstand der Bedingung, dass eine Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel vorhanden sind, sodass während des Aufenthalts keine Sozialhilfe des Aufnahmestaats in Anspruch genommen werden muss. Die Richtlinie veran-

⁶⁵⁷ Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 43, 62.

⁶⁵⁸ RL 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. EU 1964, S. 850.

⁶⁵⁹ RL 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. EU Nr. 172, S. 14.

⁶⁶⁰ Siehe dazu auch Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 60; Völker, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 161.

⁶⁶¹ Vorschlag für eine RL über das Aufenthaltsrecht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats vom 31.7.1979, ABl. EU Nr. C 207, S. 14.

⁶⁶² Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 374; Becker, Freizügigkeit in der EU, EuR 1999, S. 522, 526.

⁶⁶³ RL 90/364/EWG über das Aufenthaltsrecht, ABl. EU Nr. L 180, S. 26.

kerte somit erstmals ein sekundärrechtliches Freizügigkeitsrechts unabhängig von wirtschaftlicher Betätigung.⁶⁶⁴ Allerdings galt die Richtlinie nur für Staatsangehörige, denen das Aufenthaltsrecht nicht aufgrund anderer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zukam. Demnach unterfielen Touristen als Dienstleistungsempfänger nicht der Richtlinie, da sie ohnehin bereits grundfreiheitlich freizügigkeitsberechtigt waren.⁶⁶⁵

c) Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG

Die bedeutendste Konkretisierung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts ist die auf Art. 18, 21, 46, 50 und 59 AEUV gestützte Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG⁶⁶⁶. Die Freizügigkeitsrichtlinie – auch Unionsbürgerrichtlinie genannt – löst alle vorgenannten Richtlinien ab und füllt den Vorbehalt der Beschränkungen und Bedingungen der Freizügigkeit in Art. 21 Abs. 1 AEUV aus.⁶⁶⁷ Sie sieht drei aufenthaltsrechtliche Stufen vor. Auf der ersten Stufe steht jedem Unionsbürger und dessen Familienangehörigen ein Aufenthalt bis zu drei Monaten zu. Auf der zweiten Stufe steht ein Aufenthaltsrecht von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Dabei differenziert die Richtlinie nach Arbeitnehmern, Selbstständigen und anderen Unionsbürgern. Dienstleistungsempfänger erfahren, obwohl ihnen – ebenso wie den Arbeitnehmern und Selbstständigen – ein aus den Grundfreiheiten herrührendes Aufenthaltsrecht zusteht, keine gesonderte Erwähnung.⁶⁶⁸ Sie fallen vielmehr in die Gruppe der sonstigen Unionsbürger, denen nach Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie ein Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate nur dann zusteht, wenn sie für sich und ihre Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat sowie ausreichende Existenzmittel verfügen und während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmestaates in Anspruch nehmen müssen.⁶⁶⁹ Auf dieser Aufenthaltsstufe von mehr als drei Monaten ergeben sich somit Unterschiede im Gewährleistungsumfang zwischen der Unionsbürgerrichtlinie und dem mit der Dienstleistungsfreiheit verbundenen Freizügigkeitsrecht des EuGH. Letzteres macht den Aufenthalt nämlich lediglich von der vorübergehenden Inanspruchnahme von Dienstleistungen abhängig. So-

⁶⁶⁴ Siehe auch *Becker*, Freizügigkeit in der EU, EuR 1999, S. 522, 527.

⁶⁶⁵ Vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheiten ohne Markt, S. 133; *Strunz*, Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union, S. 106ff.

⁶⁶⁶ RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der RLn 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. EU Nr. L 158, S. 77.

⁶⁶⁷ von *Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: *Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias*, Festschrift Zuleeg, S. 309, 313; *Dougan/Spaventa*, Educating Rudy and the non English patient, ELRev. 2003, S. 699, 703.

⁶⁶⁸ *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, S. 61; *Streinz*, Europarecht, Rn. 961; siehe auch *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 153.

⁶⁶⁹ Vgl. auch *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 185ff.

fern Dienstleistungen konsumiert werden, wäre die Verweigerung des Aufenthalts aufgrund fehlender sozialer Absicherung bei der passiven Dienstleistungsfreiheit unzulässig.⁶⁷⁰ Außerdem differenziert der EuGH bei der passiven Dienstleistungsfreiheit nicht nach der Länge des Aufenthalts, solange dieser nur vorübergehend ist.

Die dritte Stufe des Aufenthaltsrechts in der Freizügigkeitsrichtlinie ist nach einem fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt erreicht. Diese Stufe ist vorliegend jedoch nicht relevant, da ein fünfjähriger Aufenthalt nicht mehr in die Tourismusdefinition fällt.

d) Stellungnahme

Die Richtlinie kodifiziert zwar weitgehend die Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft.⁶⁷¹ Hinsichtlich der Rechtsprechung zur passiven Dienstleistungsfreiheit, die Touristen vor allem betrifft, bestehen jedoch Abweichungen. Die Diskrepanz zwischen den Verbürgungen in Art. 7 der Unionsbürgerrichtlinie und dem Aufenthaltsrecht aus der passiven Dienstleistungsfreiheit wirft aufgrund der Höherrangigkeit des Primärrechts die Frage einer primärrechtskonformen Auslegung der Richtlinie auf. Vorliegend hätte sich diese vornehmlich an Art. 21 AEUV zu orientieren, da die Richtlinie die dort erwähnten Beschränkungen und Bedingungen konkretisiert. Im Rahmen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV gelten jedoch dieselben ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen wie in der hier in Frage stehenden Richtlinie. Im Ergebnis tritt somit kein Widerspruch zu den Bestimmungen des grundfreiheitlichen Freizügigkeitsrechts auf, da dieses aufgrund seiner Spezialität den Regelungen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts und somit auch der Unionsbürgerrichtlinie im Falle einer Kollision vorgehe. Somit hat das die Dienstleistungsfreiheit begleitende Aufenthaltsrecht auch nach Einführung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts und dessen Ausformung durch die Unionsbürgerrichtlinie noch eine eigenständige Bedeutung.

4. Verbraucherschutzpolitik

Die Verbraucherschutzpolitik weist ebenso Bezüge zur Tourismuspolitik auf, da Personen, die touristische Dienstleistungen in Anspruch nehmen, zumeist Verbraucher sind. Dies wird bereits in den Erwägungsgründen und Ausgestaltung der Pauschalreise-Richtlinie und der Time-Sharing-Richtlinie deutlich. Beide Richtlinien stützen sich zwar auf eine Rechtsgrundlage zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften des Binnenmarktes, verfolgen jedoch zugleich Anliegen des Verbraucherschutzes. Grundsätzlich besteht für den

⁶⁷⁰ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 766.

⁶⁷¹ *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 7, 39.

Verbraucherschutz in der Union eine geteilte Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 lit. f AEUV. Allerdings verweist die Konkretisierung in Art. 169 Abs. 2 lit. a AEUV auf die Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) zur Verwirklichung des Verbraucherschutzes im Rahmen des Binnenmarkts. Ist der Verbraucherschutz Hauptziel der Maßnahme, reduziert Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV die geteilte Kompetenz faktisch auf eine Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz.⁶⁷² Außerdem erlaubt die Verbraucherschutzkompetenz gemäß Art. 169 Abs. 4 AEUV nur eine Minimalharmonisierung.⁶⁷³

Die Kommission hat im Jahr 2007 eine neue verbraucherpolitische Strategie vorgestellt.⁶⁷⁴ Diese sah unter anderem die Überarbeitung der Time-Sharing-Richtlinie vor. Auch das Grünbuch zum Verbraucherschutz aus dem Jahr 2007⁶⁷⁵ stellt den unionsrechtlichen Besitzstand im Verbraucherrecht auf den Prüfstand. Beide Vorhaben legen nahe, dass das Verbrauchervertragsrecht von einer Mindest- zu einer Vollharmonisierung umgestellt werden soll.⁶⁷⁶

Neben der Pauschalreise- und der Time-Sharing-Richtlinie besteht kein Sekundärrecht, das spezielle Verbraucherschutzvorgaben für den Tourismusbereich enthält. Eine Vielzahl von allgemeinen Verbraucherschutzvorschriften findet jedoch auch auf den Tourismusbereich Anwendung. Dazu gehört die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.⁶⁷⁷ Diese regelt die allgemeine Kontrolle von Vertragsklauseln bei der Einbeziehung und Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Selbiges gilt für die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁶⁷⁸, die ein hohes Verbraucherschutzniveau sichern soll und irreführende sowie aggressive Geschäftspraktiken verbietet. Auch die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung⁶⁷⁹ ist auf Verträge aus dem Tourismusbereich anwendbar. In diesem Zusammenhang sind auch die Verordnungen zu Passagierrechten im Verkehrsbereich zu nennen.⁶⁸⁰ Diese differenzieren zwar nicht zwischen dem Schutz des Passagiers und dem Schutz des Verbrauchers. Im Tourismusbereich dürfte

⁶⁷² Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4253.

⁶⁷³ Micklitz/Reich, Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine RL über „Rechte der Verbraucher“, EuZW 2009, S. 279, 280.

⁶⁷⁴ KOM (2007) 99.

⁶⁷⁵ Grünbuch der Kommission, Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744.

⁶⁷⁶ Stumpf, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 169 AEUV, Rn. 25.

⁶⁷⁷ RL 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EU Nr. L 95, S. 29, geändert durch die RL 2011/83/EU vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RLn 93/13/EWG und 1999/44/EG sowie zur Aufhebung der RLn 85/577/EWG und 97/7/EG. ABl. EU Nr. L 304, S. 64.

⁶⁷⁸ RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der RLn 84/450/EWG und 97/7/EG, 98/27/EG, 2002/65/EG sowie der VO (EG) Nr. 2006/2004, ABl. EU Nr. L 149, S. 22.

⁶⁷⁹ RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. EU Nr. L 376, S. 21.

⁶⁸⁰ Siehe unten Kapitel 4, B., IV., 6., a).

jedoch jeder Passagier zugleich Verbraucher sein, sodass die Verordnungen zu Passagierrechten eine verbraucherschützende Funktion im Tourismusbereich haben.

Trotz der enormen Zunahme der Buchungen über Fernkommunikation wie Internet und Telefon spielt die Fernabsatz-Richtlinie⁶⁸¹ im Tourismusbereich keine maßgebliche Rolle. Der sachliche Anwendungsbereich der Fernabsatz-Richtlinie umfasst zwar grundsätzlich die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen. Allerdings findet nach Art. 3 Abs. 2 zweiter Spiegelstrich das für den Verbraucherschutz relevante Widerrufsrecht keine Anwendung auf Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn der Lieferant die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder in einem bestimmten Zeitraum erbringt. Dies gilt nach der Rechtsprechung des EuGH auch für Verträge über die Vermietung von Autos.⁶⁸²

5. Kulturpolitik

Die Kulturpolitik ist eng mit der Tourismuspolitik verbunden, da insbesondere Museen, Theater, Denkmäler sowie antike Ausgrabungsstätten viele Touristen anziehen.⁶⁸³ Im Kulturbereich steht der Union – ebenfalls wie im Tourismusbereich – eine Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz zur Verfügung, welche Harmonisierungsmaßnahmen ausschließt. Rechtsverbindliche Maßnahmen, die nur den Kultur- und/oder den Tourismusbereich betreffen, bestehen dementsprechend nicht.

An der Schnittstelle zwischen Kultur- und Tourismuspolitik hat der Rat 1986 einen Entschluss zur Einrichtung grenzüberschreitender Kulturreiserouten gefasst.⁶⁸⁴ Die Reiserouten sollen dazu beitragen, den Fremdenverkehr zu verstärken und dadurch die wirtschaftliche Entwicklung bestimmter Gebiete, insbesondere durch die Schaffung von Arbeitsplätzen, zu fördern. Ebenfalls zur Kulturpolitik im Tourismusbereich gehören die Beschlüsse des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Förderung des Konzepts Kulturhauptstadt Europas.⁶⁸⁵ Danach wird jedes Jahr von einer Jury eine Stadt aus den älteren und eine Stadt aus den neueren Mitgliedstaaten zur Kulturhauptstadt Europas ernannt. Die Anzahl der Übernachtungsgäste in dem Jahr der Ernennung zur Kulturhauptstadt steigt um

⁶⁸¹ RL 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EU Nr. L 144, S. 19.

⁶⁸² EuGH, Rs. C-366/03, Slg. 2005, I-1964, Tz. 27 – easyCar.

⁶⁸³ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 167 AEUV, Rn. 202.

⁶⁸⁴ Entschließung der im Rat vereinigten, für Kulturfragen zuständigen Minister vom 17.2.1986 über die Einrichtung von grenzüberschreitenden Kulturreiserouten, ABl. EU Nr. C 44, S. 2.

⁶⁸⁵ Beschluss des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Einrichtung einer Gemeinschaftsaktion zur Förderung der Veranstaltung „Kulturhauptstadt Europas“ für die Jahre 2005 bis 2019, Nr. 1419/1999/EG, ABl. EU Nr. L 166, S. 1; Beschluss des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Einrichtung einer Gemeinschaftsaktion zur Förderung der Veranstaltung „Kulturhauptstadt Europas“ für die Jahre 2007 bis 2019, Nr. 1622/2006/EG, ABl. EU Nr. L 304, S. 1.

durchschnittlich 12,7%.⁶⁸⁶ Ein ähnliches Konzept verfolgt das „Europäische Kulturerbe-Siegel“. Dies ist eine staatliche Auszeichnung für europäische Kulturdenkmäler und Kulturlandschaften sowie Gedenkstätten, welche Symbole der europäischen Einigung, der Ideale und der Geschichte der Europäischen Union sind. Die Aktion ging zunächst nur von den Mitgliedstaaten aus und wurde auf Initiative der Kommission im Jahr 2011 durch förmlichen Beschluss des Rates und des Europäischen Parlaments in eine Unionsinitiative umgewandelt.⁶⁸⁷ Nach Art. 3 Abs. 3 lit. g des Beschlusses soll das Kulturerbesiegel einen Beitrag zur Attraktivität, wirtschaftlichen Erschließung und nachhaltigen Entwicklung der Regionen, insbesondere durch den Kulturtourismus, leisten. In jüngerer Zeit legt der Arbeitsplan des Rates für Kultur 2011-2014⁶⁸⁸ die wichtigsten Prioritäten für die Europäische Kulturpolitik fest. Im Anhang I fordert der Rat die Kommission unter dem Stichwort „Kultur- und Kreativwirtschaft“ auf, gemäß des neuen politischen Rahmens für den europäischen Tourismus (KOM (2010) 352), den Kulturtourismus und die davon abhängigen Wirtschaftszweige zu fördern. Die Kommission solle Empfehlungen für nachhaltiges Management des Kulturtourismus im Rahmen der integrierten Strategien für regionale Entwicklung festlegen.

6. Verkehrspolitik

Auch die Verkehrspolitik hat viele Schnittstellen mit dem Tourismusbereich, da das Reisen die Inanspruchnahme von Verkehrsmitteln beinhaltet. Der Vertragstitel über den Verkehr gilt nach Art. 100 Abs. 1 AEUV für die Beförderung im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr (Binnenverkehrsträger). Zur Ausgestaltung dieser Politikbereiche wird der Union in Art. 91 AEUV eine Kompetenz übertragen. Die Bereiche Seeschiff- und Luftfahrt können gemäß Art. 100 Abs. 2 AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren geregelt werden.⁶⁸⁹ Die Kompetenzen im Verkehrsbereich sind nach Art. 4 Abs. 2 lit. g AEUV geteilte Kompetenzen.

Eine gemeinsame Verkehrspolitik war von Beginn an in den Verträgen vorgesehen. Allerdings wurden in den ersten drei Jahrzehnten kaum Fortschritte erzielt.⁶⁹⁰ Obwohl die Verträge sogar einen konkreten Zeitrahmen für Maßnahmen in der Verkehrspolitik enthielten, hat der Rat mangels eines politischen Konsens keine nennenswerten Maßnahmen erlas-

⁶⁸⁶ Palmer, *European Cities and Capitals of Culture - Study Prepared for the European Commission*, Teil 1, S. 112, August 2004; abrufbar unter http://ec.europa.eu/culture/tools/actions/documents/ecoc/cap-part1_en.pdf.

⁶⁸⁷ Beschluss des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung einer Maßnahme der Europäischen Union für das Europäische Kulturerbe-Siegel, Nr. 1194/2011/EU, ABl. EU Nr. L 303, S. 1.

⁶⁸⁸ Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zum Arbeitsplan für Kultur 2011-2014, ABl. EU Nr. C 325, S. 1.

⁶⁸⁹ Siehe dazu auch *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, § 4, Rn. 30ff.

⁶⁹⁰ *Scharpf*, *Regieren in Europa*, S. 64.

sen.⁶⁹¹ Die Heterogenität der verkehrsgeographischen Gegebenheiten,⁶⁹² insbesondere zwischen den großen Flächenstaaten und den kleineren Mitgliedstaaten, stand einer Einigung stets entgegen. Der dauerhafte Stillstand führte dazu, dass das Europäische Parlament gegen den Rat eine Untätigkeitsklage anstrebte. Der EuGH verneinte in dem sogenannten Untätigkeitsurteil zwar die klageweise Durchsetzbarkeit einer Handlungspflicht des Rates im Bereich der Verkehrspolitik. Dies gelte jedoch nicht für den Teil der Kompetenzgrundlagen, die eine Ausprägung der Dienstleistungsfreiheit sind (Art. 91 Abs. 1 lit. a und b AEUV), da diese die Pflicht zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit hinreichend präzise konkretisierten.⁶⁹³ Der Rat ist somit verpflichtet, für den internationalen Verkehr aus oder nach dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats oder für den Durchgangsverkehr durch das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten gemeinsame Regeln aufzustellen und für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Verkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht ansässig sind, die Bedingungen festzulegen. Im Anschluss an das Untätigkeitsurteil des EuGH wurde eine Vielzahl von Rechtsakten im Verkehrsbereich erlassen.⁶⁹⁴

a) Passagierrechte bei den unterschiedlichen Verkehrsträgern

Mehrere Verordnungen sichern Passagierrechte bei unterschiedlichen Verkehrsträgern. Für Fluggäste ist insbesondere die Fluggastverordnung (EG) Nr. 261/2004 zu nennen.⁶⁹⁵ Diese ist auf Art. 100 Abs. 2 AEUV gestützt. Ihr Anwendungsbereich bezieht Pauschalreisen ein⁶⁹⁶ und ist unabhängig von der Verbrauchereigenschaft des Fluggastes.⁶⁹⁷ Die Verordnung verleiht dem Fluggast einen Ausgleichsanspruch bei Überbuchungen sowie bei den meisten Annullierungen und erheblichen Verspätungen. Der Reisende kann in diesen Fällen die Fluggesellschaft oder den Reiseveranstalter in Anspruch nehmen. Des Weiteren dienen die Verordnungen über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen⁶⁹⁸ und

⁶⁹¹ Seidel, Die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Wirtschaftsverfassungsrecht der Mitgliedstaaten, in: Due/Lutter/Schwarze, Festschrift Everling, S. 1393, 1407.

⁶⁹² Siehe dazu auch *Epiney*, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt L, Rn. 21ff.

⁶⁹³ EuGH, Rs. 13/83, Slg. 1985, S. 1513, Tz. 65ff. – Parlament/Rat; *Epiney*, in: Dausers/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt L, Rn. 243ff.; vgl. *Martinez*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 91 AEUV, Rn. 3.

⁶⁹⁴ *Schäfer*, in: Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, Stichwort Verkehrspolitik.

⁶⁹⁵ VO (EG) Nr. 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 295/91, ABl. EU Nr. L 46, S. 1.

⁶⁹⁶ *Lorenz*, Entwicklung und Inhalte der VO (EG) Nr. 261/2004 vom 11.2.2004, in: Saria, Reise ins Unge- wisse, S. 99, 100.

⁶⁹⁷ Vgl. *Staudinger/Schmidt-Bendun*, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Flug- gäste, NJW 2004, S. 1897, 1901.

⁶⁹⁸ VO (EG) Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, zuletzt geändert durch die VO (EG) Nr. 889/2002 zur Änderung der VO (EG) Nr. 2027/97, ABl. EU Nr. L 285, S. 1.

über den Versicherungsschutz für Sachschäden⁶⁹⁹ dem Schutz der Fluggäste und Touristen.

Im See- und Binnenschiffsverkehr stärkt die Verordnung (EU) Nr. 1177/2010 unter anderem die Fahrgastrechte bei Verspätung und Annullierung.⁷⁰⁰ Außerdem schreibt sie vor, dass die Beförderungsbedingungen Fahrgäste nicht unmittelbar oder mittelbar diskriminieren dürfen. Des Weiteren überträgt die Verordnung (EG) Nr. 392/2009 über die Unfallhaftung von Beförderern von Seereisenden die Bestimmungen des Athener Übereinkommens über die Beförderung von Reisenden und Gepäck auf See aus dem Jahr 1974 in das Unionsrecht.⁷⁰¹

Für Fahrgäste beim Verkehrsträger Straße ist die Verordnung (EU) Nr. 181/2011 für die Rechte der Fahrgäste bei Überbuchungen, Annullierungen und Verspätungen einschlägig.⁷⁰² Sie ist auf Art. 91 Abs. 1 AEUV gestützt.

Die Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 regelt die Rechte der Kunden im Eisenbahnverkehr.⁷⁰³ Sie ist auf Art. 91 Abs. 1 AEUV gestützt und dient neben der gemeinsamen Verkehrspolitik auch dem Verbraucherschutz. Sie enthält Informationspflichten für am Eisenbahngeschäft beteiligte Unternehmen gegenüber dem Fahrgast. Außerdem regelt sie die Haftung für Fahrgäste und Gepäck sowie für Verspätungen, verpasste Anschlüsse und Zugausfälle.

b) Regelungen über den Zugang von Unternehmen zu verschiedenen Verkehrsmärkten

Beim Verkehrsträger Luft wird der diskriminierungsfreie Zugang der Luftfahrtunternehmen zu Luftverkehrsdiensten in Europa durch die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 gesichert, welche auf Art. 100 Abs. 2 AEUV gestützt ist.⁷⁰⁴ Diese ersetzt die Verordnungen über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, über den Zugang von Luftfahrtunternehmen zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs

⁶⁹⁹ VO (EG) Nr. 785/2004 über Versicherungsanforderungen an Luftfahrtunternehmen und Luftfahrzeugbetreiber, zuletzt geändert durch VO (EU) Nr. 285/2010 zur Änderung der VO (EG) Nr. 785/2004, ABl. EU Nr. L 138, S. 1.

⁷⁰⁰ VO (EU) Nr. 1177/2010 über die Fahrgastrechte im See- und Binnenschiffsverkehr und zur Änderung der VO (EG) 2006/2004, ABl. EU Nr. L 334, S. 1.

⁷⁰¹ VO (EG) Nr. 392/2009 über die Unfallhaftung von Beförderern von Reisenden auf See, ABl. EU Nr. L 131, S. 24.

⁷⁰² VO (EU) Nr. 181/2011 über die Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr und zur Änderung der VO (EG) Nr. 2006/2004, ABl. EU Nr. L 55, S. 1.

⁷⁰³ VO (EG) Nr. 1371/2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. EU Nr. L 315, S. 14.

⁷⁰⁴ VO (EG) Nr. 1008/2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, ABl. EU Nr. L 293, S. 3.

und über Flugpreise und Luftfrachtraten.⁷⁰⁵ Nach der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 wird eine Betriebsgenehmigung erteilt, wenn ein Luftfahrtunternehmer persönlich zuverlässig und finanziell leistungsfähig ist sowie über die fachliche und organisatorische Befähigung verfügt.⁷⁰⁶ Im Jahr 2004 wurde darüber hinaus eine Initiative zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraumes (Single European Sky) ergriffen. Dieses Regelungspaket soll den Luftraum in Europäischen Union reorganisieren und betrifft vorrangig den Marktplatz für Luftverkehrsdienstleistungen und deren Rahmenbedingungen.⁷⁰⁷

Des Weiteren wurden eine Vielzahl von Verordnungen und Richtlinien erlassen, die die europäische Luftfahrtindustrie betreffen. Um einen Eindruck von der Vielfalt und Reglungsdichte des Sekundärrechts zu vermitteln, sei exemplarisch auf die Richtlinie zu Flughafenentgelten⁷⁰⁸, die Richtlinie zum Unfallmeldewesen im Flugverkehr⁷⁰⁹ und die Verordnung für Flugsicherheit⁷¹⁰ hingewiesen. Es bestehen jedoch keine weiteren inhaltlichen Bezüge zum Tourismusbereich, welche über die Tatsache hinausgehen, dass Reisende oftmals am Flugverkehr teilnehmen.

Beim Verkehrsträger Schifffahrt ist zwischen der Binnenschifffahrt, die unter die Kompetenznorm in Art. 91 Abs. 1 AEUV fällt, und der Seeschifffahrt, die nach Art. 100 Abs. 2 AEUV vom Verkehrstitel ausgenommen ist, zu unterscheiden.

Durch die Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 über den freien Dienstleistungsverkehr in der Seeschifffahrt⁷¹¹ wird der Grundsatz der Freiheit der Meere in das Unionsrecht übertragen. Nach Art. 1 Abs. 1 ist der Zugang zum Seeverkehrsmarkt allen innerhalb der Union ansässigen Unternehmern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Dienstleistungsempfängers gewährt. Dies gilt nach Abs. 2 unter bestimmten Voraussetzungen auch für außerhalb der Union ansässige Unternehmer.

⁷⁰⁵ VO (EWG) Nr. 2407/92 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, ABl. EU Nr. L 240, S. 1; VO (EWG) Nr. 2408/92 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. EU Nr. L 240, S. 8; VO (EWG) Nr. 2409/92 über Flugpreise und Luftfrachtraten, ABl. EU Nr. L 240, S. 15.

⁷⁰⁶ Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 3164.

⁷⁰⁷ Siehe dazu *Scherer*, Single European Sky, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 456 ff.

⁷⁰⁸ RL 2009/12/EG über Flughafenentgelte, ABl. EU Nr. L 70, S. 11.

⁷⁰⁹ RL 2003/42/EG über die Meldung von Ereignissen in der Zivilluftfahrt, ABl. EU Nr. L 167, S. 23.

⁷¹⁰ VO (EG) Nr. 216/2008 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit, zur Aufhebung der RLn 91/670/EWG, 2004/36/EG sowie der VO (EG) Nr. 1592/2002, ABl. EU Nr. L 79, S. 1.

⁷¹¹ VO (EWG) Nr. 4055/86 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Seeschifffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern, ABl. EU Nr. L 117, S. 33.

Beim Verkehrsträger Binnenschiffahrt ist der grenzüberschreitende Verkehr durch die internationalen Rheinzugangsbestimmungen in der Verordnung (EG) Nr. 2919/85⁷¹² und durch die Verordnung (EG) Nr. 1356/96⁷¹³ über den Zugang zu sämtlichen Binnenschiffahrtsstraßen liberalisiert worden. Die Rheinschiffahrtsverordnung erlaubt die Beschiffung des Rhein auch solchen Schiffen, die zwar nicht zur Führung der Flagge eines Mitgliedstaates der Rheinschiffahrtsakte berechtigt sind, jedoch die Flagge eines Mitgliedstaates der Europäischen Union führen.⁷¹⁴ Darüber hinaus regelt die Verordnung über den Zugang zu Binnenschiffahrtsstraßen, dass ein Binnenschiffahrtsunternehmer ohne Diskriminierungen zum Binnenschiffpersonenverkehr zwischen und dem Durchgangsverkehr durch die Mitgliedstaaten zuzulassen ist, wenn er in einem Mitgliedstaat rechtmäßig niedergelassen ist, dort zur Durchführung von grenzüberschreitenden Personenbeförderungen befugt ist und Schiffe einsetzt, die in einem Mitgliedstaat eingetragen sind.⁷¹⁵ Der Kabotageverkehr, also die Güter- und Personenbeförderung innerhalb eines Mitgliedstaates durch einen Schiffsunternehmer, der in diesem Mitgliedstaat nicht ansässig ist, wird durch die Verordnung (EWG) Nr. 3921/91⁷¹⁶ liberalisiert. Danach ist jeder zur Kabotage zuzulassen, der in einem Mitgliedstaat rechtmäßig niedergelassen ist und dort die Genehmigung für den grenzüberschreitenden Güter- und Personenverkehr erhalten hat.

Für den Verkehrsträger Straße regelt die Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 den Zugang der Verkehrsunternehmen zur Personenbeförderung im grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt.⁷¹⁷ Es ist jeder ordnungsgemäß in der Union niedergelassene gewerbliche Verkehrsunternehmer zum Linienverkehr, zu Sonderformen des Linienverkehrs und zum Gelegenheitsverkehr zuzulassen, wenn er im Niederlassungsstaat die Genehmigung zur Personenbeförderung mit Bussen erhalten hat und sowohl die unionsrechtlichen Anforderungen zum Beruf des Personenkraftverkehrsunternehmers als auch die Rechtsvorschriften für Fahrer und Fahrzeuge erfüllt.⁷¹⁸ Eine vollständige Liberalisierung des Personenkraft-

⁷¹² VO (EWG) Nr. 2919/85 zur Festlegung der Bedingungen für die Inanspruchnahme der Regelung, die aufgrund der Revidierten Rheinschiffahrtsakte den Schiffen der Rheinschiffahrt vorbehalten ist, ABl. EU Nr. L 280, S. 4.

⁷¹³ VO (EG) Nr. 1356/96 über gemeinsame Regeln zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit im Binnenschiffgüter- und -personenverkehr zwischen Mitgliedstaaten, ABl. EU Nr. L 175, S. 7.

⁷¹⁴ Vgl. auch *Sendmeyer*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 34 Rn. 112.

⁷¹⁵ *Sendmeyer*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 34 Rn. 112.

⁷¹⁶ VO (EWG) Nr. 3921/91 über die Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Binnenschiffgüter- und -personenverkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind, ABl. EU Nr. L 373, S. 1.

⁷¹⁷ VO (EG) Nr. 1073/2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt und zur Änderung der VO (EG) Nr. 561/2006, ABl. EU Nr. L 300, S. 88.

⁷¹⁸ „Sonderformen des Linienverkehrs“ sind gemäß Art. 2 Nr. 3 der VO (EG) Nr. 1073/2009 Dienste, die unabhängig vom Veranstalter der Fahrten nur bestimmte Gruppen von Fahrgästen unter Ausschluss anderer Fahrgäste befördern; „Gelegenheitsverkehr“ ist gemäß Art. 2 Nr. 4 der VO alles, was nicht Linienverkehr und dessen Sonderformen ist und aus der Beförderung vorab gebildeter Fahrgastgruppen auf Initiative eines Auftraggebers oder des Verkehrsunternehmers selbst besteht.

verkehrs hat jedoch noch nicht stattgefunden. So erlaubt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007⁷¹⁹ den Mitgliedstaaten, vorhandene Marktteilnehmer zu schützen, um dauerhafte, preisgünstige und hochwertige Personenverkehrsdienstleistungen zu garantieren.⁷²⁰

Die europäischen Maßnahmen für den Verkehrsträger Schiene wurden in drei Paketen verabschiedet. Während die ersten beiden Pakete insbesondere den Güterverkehr und die Infrastruktur regelten, widmete sich das dritte Paket, welches die Richtlinien 2007/58/EWG und 2007/59/EWG sowie die Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 umfasst, dem Personenverkehr.⁷²¹ Die Richtlinie 2007/58/EWG änderte die Richtlinie 91/440/EWG⁷²² und bestimmt, dass Eisenbahnunternehmen in allen Mitgliedstaaten Zugang zur Infrastruktur zu gewähren ist, um Fahrgäste an einem beliebigen Bahnhof auf einer grenzüberschreitenden Strecke aufzunehmen und an einem anderen abzusetzen. Dies gilt jedoch nur für Beförderungen die in einem Drittstaat beginnen oder enden. Die Richtlinie 95/18/EG⁷²³ regelt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung für ein Eisenbahnunternehmen, bestimmte Verkehrsleistungen anzubieten. Die Genehmigung ist von der Zuverlässigkeit, der finanziellen Leistungsfähigkeit, der fachlichen Eignung sowie einer ausreichenden Versicherung des Eisenbahnunternehmens abhängig.

c) **Stellungnahme**

Bei den Passagierrechten besteht eine strukturelle Vereinheitlichung der Ansprüche bei Überbuchung, Annullierung und Verspätung. Dadurch wird ein einheitlich hoher Standard bei den unterschiedlichen Verkehrsträgern innerhalb der Europäischen Union gewährleistet. Hervorzuheben ist auch die starke Verbraucherschutzrechtliche Komponente, die in den Regelungen für die Passagiere zum Ausdruck kommt.

Anhand dieses Politikbereichs lässt sich der starke Einfluss der Rechtsprechung auf die positive Integration aufzeigen. Es bedurfte eines Untätigkeitsurteils des Gerichtshofs um die Mitgliedstaaten dazu zu bringen, auf politischer Ebene eine Einigung für eine gemeinsame Verkehrspolitik herbeizuführen. Zwar stand zunächst den Rechtsetzungsorganen die Verwirklichung der gemeinsamen Verkehrspolitik zu, letztlich wurde die Liberalisierung jedoch – wie das Untätigkeitsurteil zeigt – von der Kommission und dem Gerichtshof an-

⁷¹⁹ VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der VOen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70, ABl. EU Nr. L 315, S. 1.

⁷²⁰ Siehe dazu auch *Sendmeyer*, in: Schule/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 34, Rn. 33ff.

⁷²¹ Siehe dazu auch *Sendmeyer*, in: Schule/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 34, Rn. 80ff.

⁷²² RL 91/440/EWG zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. EU NR. L 237, S. 25.

⁷²³ RL 1995/18/EG über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, ABl. EU Nr. L 143, S. 70.

gestoßen.⁷²⁴ Trotzdem handelt es sich vorliegend um positive Integration, da über den genauen Inhalt des Sekundärrechts auf politischer Ebene eine Einigung getroffen wurde.

7. Umweltpolitik

Zwei Verordnungen regeln Maßnahmen zum Umweltschutz, die den Tourismusbereich betreffen. Eine Verordnung aus dem Jahr 2009 organisiert die Bedingungen für die freiwillige Teilnahme von Unternehmen an einem Programm zur Förderung bewährter Umweltmanagementpraktiken.⁷²⁵ Auch touristische Unterkünfte können sich registrieren lassen und an dem Programm teilnehmen. Eine weitere Verordnung aus dem Jahr 2010 installiert ein freiwilliges System für die Kennzeichnung besonders umweltfreundlicher Produkte.⁷²⁶ Auch an diesem Kennzeichnungssystem können sich die Unternehmen der Tourismusindustrie beteiligen, da der Begriff Produkte gemäß Art. 2 der Verordnung Waren und Dienstleistungen umfasst. Beide Verordnungen sind insbesondere auf Art. 192 Abs. 1 AEUV gestützt. Ein Zusammenhang mit den Maßnahmen der positiven Integration lässt sich in diesem Bereich nicht herstellen.

8. Kohäsionspolitik mittels Europäischer Fonds

Da der Tourismus einer der maßgeblichen Faktoren für die Entwicklung strukturell schwacher Regionen in der Europäischen Union ist, hat die Kohäsionspolitik besondere Relevanz für diesen Bereich. Die Kommission zur Tourismuspolitik empfiehlt, finanzielle Ressourcen der Struktur- und Regionalpolitik für den Tourismus zu nutzen.⁷²⁷ Die Struktur- und Regionalpolitik verfolgt gemäß Art. 174 AEUV das Ziel, den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt in Europa zu stärken. Der Union steht dafür seit dem Vertrag von Lissabon eine geteilte Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 2 lit. c AEUV zur Verfügung. Gemäß Art. 175 AEUV ist dieses Ziel bei der Durchführung anderer Politiken zu beachten und die Erreichung des Ziels durch verschiedene Fonds der Europäischen Union zu unterstützen.⁷²⁸

a) Europäischer Fonds für regionale Entwicklung (EFRE)

Gemäß Art. 176 AEUV ist es die Aufgabe des EFRE, zum Ausgleich der wichtigsten regionalen Ungleichgewichte in der Union beizutragen, sodass dem EFRE eine große Be-

⁷²⁴ Scharpf, *Regieren in Europa*, S. 64.

⁷²⁵ VO (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 761/2001 sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG, ABl. EU Nr. L 342, S. 1.

⁷²⁶ VO (EG) Nr. 66/2010 über das EG-Umweltabzeichen, ABl. EU Nr. L 27, S. 1.

⁷²⁷ KOM 2010 (352), S. 15/16.

⁷²⁸ Grupp, in: Bergmann, *Handlexikon der Europäischen Union*, Stichwort Querschnittsaufgaben.

deutung für den Tourismus zukommt.⁷²⁹ In der Verordnung (EG) Nr. 1080/2006 werden die Aufgaben des EFRE konkretisiert.⁷³⁰ Der EFRE konzentriert sich auf die Modernisierung und Diversifizierung der Wirtschaftsstrukturen in den Konvergenzregionen sowie die Schaffung und Erhaltung dauerhafter Arbeitsplätze.⁷³¹ Dazu sollen im Bereich des Tourismus gemäß der Verordnung folgende Maßnahmen ergriffen werden: Förderung des natürlichen Reichtums als Potenzial für einen nachhaltigen Tourismus; Schutz und Aufwertung des Naturerbes zur Förderung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung; Unterstützung zur Verbesserung des touristischen Angebots durch neue Dienstleistungen mit höherem Mehrwert und Förderung neuer, nachhaltigerer Tourismusmodelle. Des Weiteren soll der EFRE den Schutz und die Aufwertung des Naturerbes und des kulturellen Erbes zur Unterstützung der sozioökonomischen Weiterentwicklung sowie die Förderung des natürlichen und kulturellen Reichtums als Potenzial für die Entwicklung eines nachhaltigen Tourismus unterstützen. Außerdem sollen unternehmerische Initiativen im Bereich des Fremdenverkehrs gefördert sowie der Ausbau der Zusammenarbeit, der Kapazitäten und der gemeinsamen Nutzung von Infrastrukturen im Bereich Tourismus verfolgt werden.

b) Europäischer Meeres- und Fischereifonds (EMFF)

Der EMFF wird durch die Verordnung (EU) Nr. 508/2014 fortgeführt.⁷³² Die Verordnung ist unter anderem auch auf die Tourismuskompetenz aus Art. 195 AEUV gestützt, betrifft die Tourismuspolitik jedoch nur am Rande. Dies wird insbesondere mit Blick auf die anderen zehn zitierten Rechtsgrundlagen für die Verordnung deutlich. Festgeschrieben wird die Förderung von Investitionen in den Angeltourismus als Diversifizierungsmaßnahme der Einnahmequellen der Fischereibranche.

c) Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER)

Die Verordnung (EG) Nr. 1698/2005 regelt die Verwendung der Mittel des ELER.⁷³³ Da-

⁷²⁹ *Knigge*, Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs, S. 183.

⁷³⁰ VO (EG) Nr. 1080/2006 über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1783/1999, ABl. EU Nr. L 201, S. 1.

⁷³¹ *Eggers*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 177 AEUV, Rn. 27.

⁷³² VO (EU) Nr. 508/2014 über den Europäischen Meeres- und Fischereifonds und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 2328/2003, (EG) Nr. 861/2006, (EG) Nr. 1198/2006 und (EG) Nr. 791/2007 des Rates und der Verordnung (EU) Nr. 1255/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 149/1.

⁷³³ VO (EG) Nr. 1698/2005 über die Förderung der Entwicklung des ländlichen Raums durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER), ABl. EU Nr. L 277, S. 1.

nach der Verordnung ist einer der Schwerpunkte bei der Unterstützung der Entwicklung des ländlichen Raums die Diversifizierung der ländlichen Wirtschaft. Art. 55 der Verordnung sieht in diesem Rahmen Beihilfen für die Förderung des Fremdenverkehrs vor. Diese Beihilfen betreffen a) kleine Infrastruktureinrichtungen wie Informationszentren oder Ausschilderung von Tourismusstätten, b) die Erholungsinfrastruktur, die beispielsweise Zugang zu natürlichen Gebieten ermöglicht, sowie kleine Beherbergungsbetriebe und c) die Entwicklung und/oder Vermarktung von Tourismusdienstleistungen im ländlichen Tourismus. Auch die Kommission weist in der Mitteilung zur europäischen Tourismuspolitik auf die finanzielle Unterstützung für die Neugründung von Unternehmen für Ferien auf dem Bauernhof und Agrotourismus sowie für die Aufwertung des Natur- und Kulturerbes des ländlichen Raums und von Berggebieten hin.⁷³⁴

d) Europäischer Sozialfonds (ESF)

Der ESF ist nicht in der Regional- und Strukturpolitik verortet, sondern in einem eigenen Kapitel in Art. 162 AEUV. Er wird jedoch zu den europäischen Strukturfonds gezählt.⁷³⁵ Seine Aufgabe ist die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsmöglichkeiten in der Union, wobei er vor allem Arbeitnehmer fördern und benachteiligte Personen in den Arbeitsmarkt eingliedern soll. Die Verordnung (EG) Nr. 1081/2006 legt die Aufgaben des ESF fest.⁷³⁶ Sie selbst erwähnt den Tourismusbereich nicht, sieht jedoch Maßnahmen vor, die Auswirkungen auf den Tourismusbereich, insbesondere auf die vielen jung und wenig qualifizierten Beschäftigten in diesem Bereich, haben.

C. Exkurs: Rechtsprechung zum Sekundärrecht als Form der negativen Integration

Die Rechtsprechung des EuGH zum Sekundärrecht in angrenzenden Rechtsbereichen konzentriert sich vor allem auf die (alte) Pauschalreiserichtlinie und die Verordnungen über Passagierrechte. Zur Time-Sharing-Richtlinie und zur Unionsbürgerrichtlinie sind bisher keine direkt den Tourismusbereich betreffenden Entscheidungen des EuGH ergangen. Zur Dienstleistungsrichtlinie sind Entscheidungen des EuGH ergangen, die zwar nicht direkt die Auslegung der Richtlinie betreffen, einige Regelungen der Richtlinie jedoch in Frage stellen.

⁷³⁴ KOM 2010 (352), S. 15.

⁷³⁵ Vgl. Art. 175 Abs. 1 AEUV; siehe auch *Kingreen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 162 AEUV, Rn. 4ff.

⁷³⁶ VO (EG) Nr. 1081/2006 über den Europäischen Sozialfonds und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1784/1999, ABl. EU Nr. L 212, S. 12.

I. Zuordnung zur positiven oder negativen Integration

Zunächst ist die Rechtsprechung zum Sekundärrecht in die beiden Integrationsmodi, negative und positive Integration, einzuordnen. Rein institutionell betrachtet liegt negative Integration vor, da ausschließlich der Gerichtshof handelt. Anders ist dies bei einer Differenzierung danach, ob Urteile eine bloße Anwendung des Sekundärrechts sind oder ob das Sekundärrecht rechtsfortbildend ausgelegt oder der EuGH gar rechtsschöpfend tätig wird. Im ersteren Fall ist eine Zuordnung zur positiven Integration sinnvoller, da die Anwendung des Sekundärrechts die einheitlichen Regelungen, die auf höherer politischer Einheit getroffen wurden, verfestigt. Da eine Vorlage an den EuGH zur Auslegung der Verträge im Vorabentscheidungsverfahren nur vorgesehen ist, wenn es sich nicht um einen „acte claire“⁷³⁷ handelt, sind Konstellationen, die dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt werden, häufig so ausgestaltet, dass eine Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof bei der Entscheidung möglich ist. Richterrecht zur rechtsfortbildenden oder rechtsschöpfenden Interpretation von Sekundärrecht ist hingegen eher der negativen Integration zuzuordnen.⁷³⁸ Dies gilt zumindest insofern das Sekundärrecht und dementsprechend auch die Entscheidung des EuGH eine transnationale Integrationsnorm konkretisiert.⁷³⁹

II. Rechtsprechung zu Sekundärrecht mit Verbraucherschützendem Charakter

Zur Pauschalreiserichtlinie sind viele Urteile ergangen, die zum Teil bereits besprochen wurden.⁷⁴⁰ Der EuGH entschied, dass der Begriff des Schadens in der Pauschalreiserichtlinie neben materiellen Schäden und immaterielle Schäden umfasst.⁷⁴¹ In der Rs. *Club Tour* hat der EuGH festgehalten, dass eine Pauschalreise auch dann anzunehmen ist, wenn die touristischen Dienstleistungen nach den Wünschen des Verbrauchers zusammengestellt werden und die organisatorische Verbindung der Leistungen erst bei Vertragsschluss stattfindet.⁷⁴² Allerdings ist der Begriff der Pauschalreise nicht auf einen halbjährigen Schüleraustausch anwendbar.⁷⁴³ Des Weiteren hat der EuGH den Schutz des Reisenden

⁷³⁷ EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, S. 3415, Tz. 16/21 – CILFIT danach liegt ein acte claire vor, wenn eine gesicherte unionsrechtliche Rechtsprechung besteht, die die Rechtsfrage geklärt hat, oder wenn die richtige Auslegung so öffentlichlich ist, dass – weder für Gerichte anderer Mitgliedstaaten noch für den EuGH – Raum für vernünftige Zweifel an der Entscheidung bleiben.

⁷³⁸ Vgl. zur Rechtsschöpfung im Sekundärrecht *Roth*, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 561, 576; *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193, 222.

⁷³⁹ *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 89, 91.

⁷⁴⁰ Vgl. oben unter Kapitel 3, B., II., 1.

⁷⁴¹ EuGH, Rs. C-168/00, Slg. 2002, I-2651, Tz. 23 – Leitner.

⁷⁴² EuGH, Rs. C-400/00, Slg. 2002, I-4065, Tz. 14 – *Club Tour*; *Führich*, Die EU-Pauschalreiserichtlinie und neue Rechtsprechung von EuGH und BGH, *MDR* 2011, S. 1209, 1211.

⁷⁴³ EuGH, Rs. C-237/97, Slg. 1999, I-840, Tz. 28f. – AFS.

bei Zahlungsunfähigkeit des Pauschalreiseveranstalters in Art. 7 der Richtlinie ausgeweitet.⁷⁴⁴

Auch in seinen Urteilen zu den Verordnungen über Passagierrechte, insbesondere der Fluggastverordnung hat der EuGH verbraucherschützende Normen großzügig ausgelegt. Beispielhaft sei hier auf die Rs. *Sturgeon* und *Böck* hingewiesen, wonach Fluggäste erheblich verspäteter Flüge hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs den Fluggästen annullierter Flüge gleichzustellen sind.⁷⁴⁵ Des Weiteren werden die Möglichkeiten der Luftverkehrsunternehmen, eine Annullierung zu rechtfertigen, eng ausgelegt. Technische Probleme, die zur Flugannullierung führten, sind kein außergewöhnlicher Umstand, der den Schadenersatzanspruch des Passagiers entfallen ließe.⁷⁴⁶

III. Rechtsprechung zur Dienstleistungsrichtlinie

Zur Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie selbst besteht nur ein für die Fragestellung der vorliegenden Arbeit relevantes Urteil des EuGH, das einen konkreten Bezug zum Tourismusbereich aufweist.⁷⁴⁷ Dies ist das Urteil in der verbundenen Rechtssache *Trijber und Harmsen*.⁷⁴⁸ Der EuGH weist darin darauf hin, dass Fahrgastbeförderung auf Binnengewässern mit dem Hauptzweck des Angebots von Rundfahrten und Vermietungen für festlichen Anlässe nicht unter den Begriff der Verkehrsdienstleistungen fallen. Vielmehr liege der Schwerpunkt im Fremdenverkehrsbereich und somit im Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie.⁷⁴⁹

Im Zusammenhang mit dem Streit um die Statuierung des Herkunftslandprinzips in der Richtlinie ist außerdem auf die Rechtsprechung des EuGH zur Entsenderichtlinie hinzuweisen.⁷⁵⁰ Obwohl sich das Herkunftslandprinzip entgegen dem Kommissionsvorschlag in der Richtlinie nicht durchsetzen konnte, zog der EuGH in den Urteilen *Laval* und *Rüffert* unter anderem im Arbeitnehmerstreikrecht die Regelungen des Herkunftslandes heran und wandte somit das Herkunftslandprinzip entsprechend des Richtlinienvorschlages der

⁷⁴⁴ EuGH, Rs. C-364/96, Slg. 1998, I-2957, Tz. 23 – Verein für Konsumentenforschung, mit Anmerkung von *Tonner*, Schutz bei Zahlungsunfähigkeit des Reiseveranstalters, EuZW 1998, S. 440, 441.

⁷⁴⁵ EuGH, verb. Rs. C-402 und 432/07, Slg. 2009, I-10923, Tz. 61 – *Sturgeon* und *Böck*.

⁷⁴⁶ EuGH, Rs. C-549/07, Slg. 2008, I-110661, Tz. 25 – Wallentin-Hermann/Alitalia.

⁷⁴⁷ Geprüft bei Eur-Lex am 1.11.2019.

⁷⁴⁸ EuGH, verb. Rs. C-340/14 und 341/14, EU:C:2015:505 – *Trijber* und *Harmsen*.

⁷⁴⁹ EuGH, verb. Rs. C-340/14 und 341/14, EU:C:2015:505, Tz. 28, 56ff. – *Trijber* und *Harmsen*.

⁷⁵⁰ EuGH, Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11845 – *Laval*; EuGH, Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 – *Rüffert*, in der Sache ging es um die Auslegung der RL 96/71/EG Entsenderichtlinie, die wie die Dienstleistungsrichtlinie festschreibt, dass entsendete Arbeitnehmer im Zielstaat den Arbeitsbedingungen des Zielstaates unterliegen und nur die ausdrücklich genannten Arbeitsbedingungen des Zielstaates gelten, im Übrigen jedoch aufgrund der Dienstleistungsfreiheit keine Anforderungen aufgestellt werden dürfen, die geeignet sind, die Erbringung der Dienstleistung im Zielstaat weniger attraktiv zu machen; siehe auch *Koberski/Schierle*, Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz gewahrt?, RdA 2008, S. 233.

Kommission zu Dienstleistungen an.⁷⁵¹ In der Rs. *Laval* beispielsweise hielt der EuGH eine nach schwedischem Recht rechtmäßige Baustellenblockade durch Arbeiter aus anderen Mitgliedstaaten für unzulässig, da sie die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit für Bauunternehmer weniger attraktiv mache. Die Entsenderichtlinie erfasse den Sachverhalt nicht, da der Abschluss eines Tarifvertrags, dem die Blockade diene, keine Mindestarbeitsbedingung darstelle.⁷⁵² In dieser Rechtsprechung bezieht sich der EuGH trotz bestehenden Sekundärrechts auf die Dienstleistungsfreiheit und legt diese weiter aus als im Sekundärrecht vorgesehen.⁷⁵³ Der EuGH etabliert somit eine neue Integrationsstufe, die noch kurz zuvor auf politischer Ebene im Rahmen der Verhandlungen zur Dienstleistungsrichtlinie abgelehnt wurde. Die Entscheidungen betreffen zwar Sachverhalte außerhalb der Tourismusbranche, jedoch würde die Übertragung der Rechtsprechung zu den Streikrechten der Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten auf den Tourismusbereich bedeuten, dass Saisonkräfte aus anderen Mitgliedstaaten im Tourismusbereich ebenfalls die Bestimmungen aus ihren Herkunftsländern mitnehmen und das Arbeitsrecht des Zielstaates umgehen könnten.

IV. Fazit zur Rechtsprechung zum Sekundärrecht

Die vorliegend zitierten Entscheidungen zum Sekundärrecht sind als negative Integration einzuordnen, da sie nicht lediglich das Sekundärrecht bestätigen. Der auf politischer Ebene getroffene Kompromiss wird durch die Interpretation des EuGH ersetzt und verdrängt. Mithin prägt vornehmlich der Gerichtshof die Rechtslage. Dies wird insbesondere in den Entscheidungen *Laval* und *Rüffert* deutlich, in denen dem Herkunftslandprinzip über die Grundfreiheiten ein Umfang zukommt, der sich bei der politischen Diskussion um die Dienstleistungsrichtlinie aufgrund des Widerstandes der älteren Mitgliedstaaten nicht erreichen ließ.

In die weite Auslegung des Verbraucherschützenden Sekundärrechts durch den EuGH, insbesondere in den Rs. *Club Tour* und *Rechberger*, wird zum Teil der Auslegungsgrundsatz „in dubio pro consumente“ hineingelesen.⁷⁵⁴ Diese großzügige Auslegung ist jedoch nicht alleine aus der Perspektive des Verbraucherschutzes, sondern auch vor einem bin-

⁷⁵¹ *Höpner/Schäfer*, Grenzen der Integration, *Integration* 1/2010, S. 3, 10; *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market“ economy, *Socio-Economic Review* 2010, S. 211, 227; *Moses*, Is Constitutional Symmetry Enough?, *JCMS* 2011, S. 823.

⁷⁵² *Schubert*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskämpfrecht im Konflikt, *RdA* 2008, S. 289, 291.

⁷⁵³ *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market“ economy, *Socio-Economic Review* 2010, S. 211, 227.

⁷⁵⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-400/00, Slg. 2002, I-4065 – *Club Tour*; EuGH, Rs. C-140/97, Slg. 1999, I-3522 – *Rechberger*; *Riesenhuber*, Die Auslegung, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, S. 222, Rn. 57ff.

nenmarktbezogenen Hintergrund zu sehen. Die weite Auslegung vereinfacht die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Dienstleistungen und stärkt somit den Binnenmarkt. Ein unionsweit hohes Verbraucherschutzniveau baut Vorbehalte der Verbraucher gegenüber dem Abschluss von Verträgen im Tourismusbereich mit Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten ab.

Die Vielzahl der Entscheidungen zur Auslegung des Sekundärrechts zeigt, dass die legislative Qualität der Gemeinschaftsrechtsakte verbesserungswürdig ist.⁷⁵⁵ Die häufige Verwendung von Generalklauseln oder ungenauen Formulierungen ist Ausdruck der Schwierigkeit, auf politischer Ebene eine Einigung zu finden.⁷⁵⁶ Gleichzeitig dienen solche Klauseln der Notwendigkeit, Flexibilität bei der Formulierung des Sekundärrechts zu bewahren.

D. Fazit zur positiven Integration

Auffallend ist, dass kaum verbindliche Regelungen zur Europäischen Tourismuspolitik existieren. Die Maßnahmen im Tourismusbereich bestehen größtenteils aus unverbindlichen Mitteilungen der Kommission und Beschlüssen des Rates, die sich auf Absichtserklärungen zur Förderung des Tourismussektors beschränken.

Nur in den angrenzenden Bereichen bestehen verbindliche Maßnahmen, da nur hier der Union Kompetenzen zur Ausgestaltung der Politiken übertragen wurden. Insbesondere gilt dies für die Bereiche Binnenmarkt und Dienstleistungsfreiheit, in denen der Union eine geteilte Zuständigkeit und die Möglichkeit zur Konkretisierung des Primärrechts im Sekundärrecht zusteht. Auch bei der Freizügigkeit stehen der Union Kompetenzen zum Erlass von Maßnahmen zu, welche die Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtern. Ferner wurde der Union für den Verbraucherschutz und die Verkehrs- und Strukturpolitik jeweils eine geteilte Kompetenz übertragen. Im Bereich der Kulturpolitik kommt der Union – wie im Tourismusbereich – nur eine Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz zu.

Die variierende Kompetenzausstattung der Union in den einzelnen Politikbereichen führt zu unterschiedlichen Steuerungsmitteln in den verschiedenen Politikgebieten. Wie bereits dargestellt, sind die Steuerungsmittel im Tourismusbereich unverbindlich. Dies gilt mit Ausnahme der Initiativen „Kulturhauptstadt Europas“ und „Kulturerbe-Siegel“ auch auf dem Gebiet der Kultur. Im Binnenmarkt und bei der Ausgestaltung der Grundfreiheiten ist hingegen mit den beiden Pauschalreiserichtlinien, der Time-Sharing- und der Dienstleis-

⁷⁵⁵ Saria, Legistische Spielräume für ein europäisches Reiserecht, in: Saria, Reise ins Ungewisse, S. 29, 33/34.

⁷⁵⁶ Everling, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217, 221.

tungsrichtlinie sowie der Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen Sekundärrecht mit großer Reichweite erlassen worden. Auch in der Verkehrspolitik, die durch die Deregulierung der Märkte und die Schaffung eines einheitlichen Verbraucherschutzniveaus gekennzeichnet ist, wurden nach anfänglichen Schwierigkeiten zahlreiche Verordnungen erlassen. Die Kohäsionspolitik ist von den Förderungsprogrammen der Fonds dominiert, deren Aufgabe jeweils im Sekundärrecht konkretisiert wurde.

Auffallend ist außerdem, dass eine Vielzahl der Sekundärrechtsakte auf den Kompetenzen zur Binnenmarktharmonisierung oder der Harmonisierung der Dienstleistungsfreiheit beruht. Durch die weite Auslegung dieser lediglich an eine Zielbeschreibung anknüpfenden Harmonisierungskompetenzen entsteht die Gefahr der Umgehung der Grenzen, die durch den ausdrücklichen Ausschluss harmonisierender Maßnahmen in Art. 195 Abs. 2 AEUV für den Tourismus bestehen.⁷⁵⁷ Der EuGH hat jedoch festgestellt, dass die Union über die Kompetenz in Art. 114 AEUV auch Ziele anderer Bereiche verfolgen kann, soweit hierfür eine Unionskompetenz besteht und der Rechtsakt tatsächlich den Zweck hat, das Errichten und Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.⁷⁵⁸ Dies gehe soweit, dass anderen Bereichen – auch wenn für sie ein Harmonisierungsverbot besteht – in den Rechtsakten maßgebliche Bedeutung zukommen könne.⁷⁵⁹ Für den Gesundheitsbereich erklärte der EuGH im Urteil zur Tabakwerberichtlinie, dass aus dem Harmonisierungsverbot nicht folge, dass auf Grundlage von Art. 114 AEUV erlassene Harmonisierungsmaßnahmen keine Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben könnten. Allerdings wird dem Gesundheitsbereich in Art. 114 Abs. 3 AEUV auch ausdrücklich ein hohes Schutzniveau bei Maßnahmen nach Art. 114 AEUV zugesichert.⁷⁶⁰ Der Tourismus hingegen findet in dieser dem Schutze der Anliegen des jeweiligen Bereichs dienenden Querschnittsklausel keine Erwähnung. Das Spannungsverhältnis zwischen der Binnenmarktkompetenz und dem Harmonisierungsverbot der Tourismuskompetenz wird somit nicht aufgelöst.

⁷⁵⁷ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 195 AEUV, Rn. 11.

⁷⁵⁸ EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11631, Tz. 80 – Tabakwerbeurteil II; siehe dazu auch *Stein*, Gescheiterte Klage Deutschlands gegen Tabakwerberichtlinie, *EuZW* 2007, S. 46, 56ff.

⁷⁵⁹ EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11631, Tz. 92 – Tabakwerbeurteil II; *Ludwigs*, Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa, *ZEuS* 2004, S. 211, 234; kritisch *Folz*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten in: *Fastenrath/Nowak*, Der Lissabonner Reformvertrag, S. 65, 74.

⁷⁶⁰ EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11631, Tz. 93 – Tabakwerbeurteil II.

Kapitel 5: Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration im Tourismusbereich

Im folgenden Kapitel wird das Verhältnis von negativer und positiver Integration im Tourismusbereich kritisch untersucht.

A. Verhältnis zwischen negativer und positiver Integration im Tourismusbereich

I. Integrationsmodi betreffen unterschiedliche Aspekte des Tourismusbereichs

Die positive Integration betrifft oftmals andere Aspekte des Tourismusbereichs als die negative Integration. Die positive Integration konzentriert sich auf die Pauschalreise- und Time-Sharing-Richtlinie, die Verkehrspolitik zu Passagierrechten und Liberalisierung der unterschiedlichen Verkehrsträger sowie die Kohäsionspolitik durch die Europäischen Fonds. Eine Verbindung zum Aufenthaltsrecht stellt sie – abgesehen von der Unionsbürgerrichtlinie – nicht her, sondern konzentriert sich auf den Verbraucherschutz. Die Rechtsprechung im Tourismusbereich zu den transnationalen Integrationsnormen hingegen tangiert diese Bereiche kaum, sondern betrifft neben dem einzelnen Touristen und dem Binnenmarkt die Kulturpolitik, das Strafverfahrensrecht, das Aufenthaltsrecht sowie das Einreiserecht. Überschneidungen bestehen bei der Dienstleistungsfreiheit und dem Aufenthaltsrecht.

II. Gegenseitige Beeinflussung der negativen und positiven Integration

Bei der Dienstleistungsfreiheit und dem Aufenthaltsrecht, also dort wo sich die Regelungsbereiche der sekundärrechtlichen Normen und der negativen Integration überschneiden, geht die negative Integration der positiven Integration inhaltlich und zeitlich oftmals voraus und beeinflusst diese in erheblichem Maße. Die gegenseitige Beeinflussung ist – entsprechend der im Neofunktionalismus verwendeten Begrifflichkeiten – ein „Spill-over“ von der negativen auf die positive Integration.⁷⁶¹ Die gegenseitige Beeinflussung negativer Integration und positiver Integration wird in der Rs. *Ambry* deutlich, in der eine nationale Regelung zur Umsetzung der ersten Pauschalreise-Richtlinie gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt.⁷⁶² Der EuGH kontrolliert durch die Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten den Output der positiven Integration, der sich in der Umsetzung der Pauschalreise-Richtlinie realisiert.

⁷⁶¹ Vgl. auch *Tranholm-Mikkelsen*, Neo-functionalism: Obstinate or Obsolete? A reappraisal in the light of the new dynamism of the EC”, *Millenium: Journal of International Studies*, Vol. 20 (1991), S. 1, 4.

⁷⁶² Siehe oben unter Kapitel 3, B., I., 2., b), bb).

1. Kodifizierung der negativen Integration durch Sekundärrecht

In einigen Fällen besteht ein enger Zusammenhang zwischen bereits stattgefundenener negativer Integration und der Schaffung des einschlägigen Sekundärrechts. Zum Teil wird die Rechtsprechung im Interesse der Rechtssicherheit kodifiziert. Die Dienstleistungsrichtlinie kodifiziert in Art. 19 beispielsweise die passive Dienstleistungsfreiheit sekundärrechtlich. Diese geht aus dem ursprünglichen Vertragstext nicht hervor, sondern entstammt der rechtsfortbildenden Rechtsprechung des EuGH.⁷⁶³ Ebenso erfasst der Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie auch auslandsbedingte Dienstleistungen (Konstellation der Fremdenführerfälle). Diese neue Ausprägung der Dienstleistungsfreiheit beruhte bisher nur auf der rechtsfortbildenden Rechtsprechung des EuGH.

Deutlich zutage tritt diese gegenseitige Beeinflussung von positiver und negativer Integration auch bei der Unionsbürgerschaft. Zunächst trug das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. *Cowan* dazu bei, ein von den Grundfreiheiten unabhängiges allgemeines Freizügigkeitsrecht im Primärrecht mit dem Vertrag von Maastricht einzuführen. Wie bereits eingehend erläutert, ist die primärrechtliche Einführung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts mit dem Vertrag von Maastricht der negativen Integration zuzurechnen. Sie enthält allerdings in Abs. 2 eine Handlungsermächtigung für die Rechtsetzungsorgane der Europäischen Union, welche diese bei Erlass der Unionsbürgerrichtlinie wahrnahmen. Die Richtlinie kodifiziert weitgehend die Rechtsprechung des EuGH, mit welcher der Gerichtshof das primärrechtliche allgemeine Freizügigkeitsrecht mit Leben gefüllt hat.⁷⁶⁴ Mithin hat die negative Integration positive Integration in Form der Unionsbürgerrichtlinie nach sich gezogen und deren Output in Bereich des Freizügigkeitsrechts maßgeblich beeinflusst.

2. Geringere Integrationsleistung der positiven Integration

Trotz der teilweisen Kodifikation durch das Sekundärrecht bleibt dieser oftmals hinter der Integrationsleistung der Rechtsprechung des EuGH zurück. Nur selten geht es weiter als die vorangegangene Rechtsprechung.

Die Dienstleistungsrichtlinie schließt beispielsweise viele Bereiche von ihrem Anwendungsbereich aus, unter anderem den tourismusrelevanten Bereich der Verkehrsdienstleistung. Außerdem fordert sie eine gewisse Finalität und somit einen engeren Bezug zu einer konkreten Dienstleistung als nach der Rechtsprechung des EuGH erforderlich. Darüber hinaus ist zwingende Voraussetzung der Richtlinie, dass die Dienstleistung grenzüberschreitend erbracht werden muss. Wie bereits dargestellt, hatte der EuGH das Merkmal

⁷⁶³ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, § 19, Rn 5.

⁷⁶⁴ *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 7, 39/41; zu den Abweichungen siehe unter Kapitel 4, B., IV., 3., d).

der Grenzüberschreitung in der Rs. *Carpenter* ebenfalls stark aufgeweicht. Darüber hinaus hat die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit bei Beschränkungen in Umfeldregelungen, wie sie vom EuGH in der Rs. *Carpenter* bejaht wurde, in der Richtlinie keinen Niederschlag gefunden. Ebenso sind bei der passiven Dienstleistungsfreiheit die Fremdenführerfälle nicht von der Richtlinie erfasst. In den genannten Punkten erbringt somit die negative Integration die größere Integrationsleistung.

Ähnliches gilt für die Unionsbürgerrichtlinie. Bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten ergeben sich aus dem Aufenthaltsrecht, welches aus der passiven Dienstleistungsfreiheit fließt, weitergehende Rechte als nach der Unionsbürgerrichtlinie. Die Richtlinie fordert nämlich, dass Unionsbürger für sich und Familienangehörige über umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat sowie ausreichende Existenzmittel verfügen, welche die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen des Aufnahmestaates für die Dauer des Aufenthalts ausschließt. Die Verweigerung des Aufenthalts mangels sozialer Absicherung ist hingegen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit – zumindest solange Dienstleistungen konsumiert werden – unzulässig.⁷⁶⁵ Auch kulturelle Teilhaberechte, wie beispielsweise die Durchführung eines Strafverfahrens in der Muttersprache in der Rs. *Bickel und Franz*, sind in der Rechtsprechung durch die Kombination der Freizügigkeitsrechte mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot umfassender als im Sekundärrecht. Eine sekundärrechtliche Norm, die dem Angeklagten ein solches Recht im Strafverfahren zugestanden hätte, existiert nicht.⁷⁶⁶

Trotz dieser Feststellungen wird zum Teil angenommen, dass die negative Integration parallel zur positiven Integration verlaufen sei.⁷⁶⁷ Der EuGH habe stets entsprechend der politischen Grundstimmung entschieden, das heißt in der Zeit der Politik des leeren Stuhls zurückhaltender und sobald politische Einigungen absehbar waren dynamischer.⁷⁶⁸ Dem ist zu widersprechen. Gerade in Zeiten politischer Stagnation handelt der EuGH besonders progressiv mit der Folge, dass die Maßnahmen negativer Integration gegenüber Maßnahmen der positiven Integration deutlich überwiegen.⁷⁶⁹ Neben den voran genannten Themenkomplexen zur Dienstleistungsfreiheit und zum Aufenthaltsrecht sei hier auf die unmittelbare Anwendung des Unionsrechts (1962) und den Vorrang des Unionsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht (1964) hingewiesen. Diese beiden wichtigsten Voraussetzungen

⁷⁶⁵ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 766.

⁷⁶⁶ *Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 611, 639, 644.

⁷⁶⁷ *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217, 224.

⁷⁶⁸ *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217, 224.

⁷⁶⁹ *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 55; so auch *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929, 931.

der negativen Integration postulierte der EuGH kurz vor Eskalation des Streits über den Unionshaushalt im Jahr 1965, welcher zu politischem Stillstand führte.

3. Bestimmung der Verhandlungsoptionen der Mitgliedstaaten durch negative Integration

Ein anders gelagertes Spannungsverhältnis zwischen negativer und positiver Integration geht daraus hervor, dass aufgrund der extensiven Auslegung der Grundfreiheiten die Rückfalloption unklar sein kann, vor der die Mitgliedstaaten über gemeinsames Sekundärrecht verhandeln.⁷⁷⁰ Grundsätzlich verhandeln die Mitgliedstaaten kontextbezogen entsprechend der aktuellen Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten. Unsicherheit bezüglich der Auflösung von im Primärrecht bestehenden Formelkompromissen schränkt die Verhandlungsposition ein, da sie nicht absehen können wie die Rechtslage im Falle des Scheiterns der Verhandlungen über das Sekundärrecht sein wird. Ist ein Urteil zur negativen Integration absehbar, verhandeln die Mitgliedstaaten zum Teil bereitwilliger über neues Sekundärrecht, da sie durch Sekundärrecht ihren Einfluss besser geltend machen können und nicht gezwungen sind, der Rechtsprechung des EuGH zu transnationalen Integrationsnormen die Bewertung des Sachverhalts zu überlassen.⁷⁷¹

Auch das Verhalten eines einzelnen Mitgliedstaates kann für den erfolgreichen Beschluss eines Sekundärrechtsaktes entscheidend sein.⁷⁷² Wenn ein marktschaffender Richtlinienvorschlag einer Generaldirektion innerhalb der Kommission an der fehlenden Zustimmung der anderen Kommissare scheitert, kann es für die Generaldirektion leichter sein, die Zustimmung der anderen Kommissare zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen ein Land zu erzielen als die Zustimmung zu dem Richtlinienvorschlag. Wird der verklagte Staat im Vertragsverletzungsverfahren verurteilt, unterstützt dieser Mitgliedstaat die Generaldirektion in der Regel bei der Schaffung des Sekundärrechts, da die rechtlichen Folgen des geplanten Rechtsaktes für ihn bereits durch das Urteil eingetreten sind. Außerdem haben Urteile des EuGH eine gewisse Präzedenzwirkung, die andere Mitgliedstaaten beeinflusst.⁷⁷³

⁷⁷⁰ *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 101, 108.

⁷⁷¹ Siehe dazu *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 101, 107 nennt als Beispiel die Luftverkehrsliberalisierung.

⁷⁷² Vgl. *Scharpf*, Negative und positive Integration, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 49, 67/68.

⁷⁷³ *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 68ff.; siehe auch *Scharpf*, Negative und positive Integration, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 49, 67f.

III. Keine Schließung entstandener Regelungslücken durch positive Integration

Nationale Regelungen, welche durch negative Integration abgeschafft wurden, erfüllen oftmals einen bestimmten regulatorischen Zweck, der über den Schutz der nationalen Wirtschaft oder der Bevorzugung eigener Staatsangehöriger hinausgeht.⁷⁷⁴ In der Rs. *Ciola* diene die nationale Vorschrift vordergründig dem Schutz der Anlegeplätze in Österreich Lebender. Gleichzeitig begrenzte sie die Anlegeplätze zum Schutz der Umwelt und diene somit auch dem Umweltschutz. In den Fremdenführerfällen fördert das Erfordernis einer Erlaubnis das Ziel, Wissen über eigene Kulturstätten zu bewahren. Der vergünstigte Eintritt in Museen für Personen aus der Region unterstützt eine umfassende geschichtliche und kulturelle Bildung. Werden diese nationalen Regelungen wegen des Verstoßes gegen die Grundfreiheiten abgeschafft, führt dies zu einer regulatorischen Lücke bei der Verfolgung des jeweiligen Ziels. Positive Integration durch Sekundärrecht könnte grundsätzlich diese Lücke schließen, kommt jedoch mangels Kompetenzen in den jeweiligen Bereichen sowie aufgrund der Probleme beim Erzielen eines politischen Kompromisses nicht zustande.⁷⁷⁵

IV. Fazit

Die negative und positive Integration im Tourismusbereich erstreckten sich auf einen weiteren Anwendungsbereich als dies aufgrund der Kompetenz von Art. 195 AEUV und der Aufgabenzuweisung zu erwarten gewesen wäre. Vor allem die negative Integration prägt den Tourismusbereich und geht über die bereichsspezifische Kompetenzübertragung weit hinaus. Der Einflussbereich des Unionsrechts durch die negative Integration ist erheblich weiter als die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union. Obwohl die Union nicht selbst rechtsetzend tätig wird, kann das Unionsrecht somit die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten erheblich einschränken.⁷⁷⁶ Dies gilt insbesondere für die nationale Politik in den Bereichen Tourismus, Kultur, Bildung, Umwelt und Strafrecht.

Obwohl die positive Integration vor allem in den letzten Jahren und in den angrenzenden Bereichen zum Tourismus zunahm, bleibt sie insgesamt dennoch schwach ausgeprägt. Im Tourismus bestehen kaum sekundärrechtliche Regelungen. Lediglich in den angrenzenden Bereichen existiert Sekundärrecht, das jedoch entweder andere Aspekte betrifft als die vo-

⁷⁷⁴ *De Witte*, Cultural policy: The complementary of negative and positive Integration, in: Schwarze, Structure and Dimension of European Community Policy, S. 195, 200.

⁷⁷⁵ Siehe auch das Beispiel von *De Witte* zur Buchpreisbindung. Die nationalen Gesetze zur Buchpreisbindung wurden vom EuGH für unionsrechtswidrig erklärt, eine spätere Initiative der Kommission für eine einheitliche Regelung scheiterte jedoch: *De Witte*, Cultural policy: The complementary of negative and positive integration, in: Schwarze, Structure and Dimension of European Community Policy, S. 195, 202.

⁷⁷⁶ *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, S. 6/7.

rangegangene negative Integration oder – soweit es denselben Regelungsbereich betrifft – hinsichtlich der Integrationsleistung hinter der Rechtsprechung zurückbleibt.

Es besteht somit im Tourismusbereich eine ausgeprägte Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration.

B. Rechtliche und politische Gründe für die Entstehung der Asymmetrie

Die Entstehung der Asymmetrie ist auf verschiedene Umstände zurückzuführen.

I. Geschichtlicher Hintergrund negativer und positiver Integration

Ein Grund für die Entstehung der Asymmetrie liegt in der geschichtlichen Entwicklung der Europäischen Union.

1. Gründungsphase

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) trat nach Ratifizierung in den sechs Gründungsmitgliedstaaten am 1. Januar 1958 in Kraft. Die Mitgliedstaaten haben – getragen vom enormen Wirtschaftswachstum – die stufenweise ausgestalteten Vorgaben des Vertrages zunächst umstandslos umgesetzt und das volle Integrationspotential des Vertrages genutzt.⁷⁷⁷ Entscheidungen im Ministerrat wurden einstimmig gefasst.

2. Erste Verfassungskrise der Gemeinschaft

Bereits Anfang der sechziger Jahre verlor der Integrationsprozess jedoch an Schwung. Der EWG-Vertrag sah vor, dass in der gemeinsamen Agrarpolitik ab dem Jahr 1966 Entscheidungen im Ministerrat nicht mehr einstimmig, sondern mit einer qualifizierten Mehrheit zustande kommen sollten. Frankreich, das fortan aufgrund der bestehenden Stimmverteilung Entscheidungen nicht mehr hätte blockieren können, erfuhr dadurch einen Verlust an Selbstbestimmung. Daher lehnte Frankreich ein supranational ausgestaltetes Europa ab und verfolgte stattdessen eine Organisationsstruktur, die allein auf intergouvernementaler Zusammenarbeit beruht.⁷⁷⁸ Auch die deutsche Regierung stand Brüssel als „*policy-making power house*“ kritisch gegenüber.⁷⁷⁹ Als die französische Regierung Pläne der Kommission zur Finanzierung der gemeinsamen Agrarpolitik nicht teilte, spitzte sich der Konflikt

⁷⁷⁷ Haltern, Europarecht, Bd. I, S. 54.

⁷⁷⁸ Haltern, Europarecht, Bd. I, S. 54.

⁷⁷⁹ Pinder, Positive integration and negative integration, The world today Vol. 24 1968, S. 88, 98.

zu.⁷⁸⁰ In einer Sitzung zur Agrarfinanzierung im Juni 1965 erklärte der französische Außenminister die Verhandlungen – trotz des Angebots einer Überarbeitung des letzten Diskussionsvorschlags – für gescheitert.⁷⁸¹ Im folgenden halben Jahr stellte Frankreich seine Mitarbeit in den politischen Institutionen der Gemeinschaft ein. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft war handlungsunfähig geworden und rutschte in eine Verfassungskrise.⁷⁸² Einzig der Gerichtshof war seiner Handlungsfähigkeit nicht beraubt. Der EuGH erließ kurz vor der Politik des leeren Stuhls mit den Rs. *Van Gend & Loos*⁷⁸³ und *Costa/ENEL*⁷⁸⁴ wichtige Urteile zur unmittelbaren Anwendbarkeit und zum Vorrang des Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten.

Die Politik des leeren Stuhls wurde letztlich durch den Luxemburger Kompromiss vom Januar 1966 beendet, welcher faktisch das Einstimmigkeitserfordernis im Rat wieder einführte.⁷⁸⁵ Für den Kompromiss, der Frankreich den Rückweg in den Rat ohne Gesichtsverlust ermöglichte, zahlte die Gemeinschaft einen hohen Preis, da auch ohne rechtliche Verbindlichkeit des Kompromisses in der Praxis das Einstimmigkeitserfordernis im Ministerrat faktisch fortbestand.⁷⁸⁶ Erst ab Mitte der achtziger Jahre nahmen mit Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte Mehrheitsentscheidungen zu.⁷⁸⁷ Die zur Herstellung des Gemeinsamen Binnenmarkts erforderliche Rechtsangleichung durch Sekundärrechtsakte wurde somit über Jahrzehnte erheblich behindert.⁷⁸⁸ Allein der EuGH als Rechtsprechungsorgan war von dieser faktischen Handlungsbeschränkung nicht betroffen. Gleichzeitig akzeptierten die Mitgliedstaaten die weitreichende Rechtsprechung des EuGH, weil sie aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses stets über ein Vetorecht im Ministerrat verfügten und somit zumindest gefühlt den Legislativprozess kontrollieren konnten.⁷⁸⁹

⁷⁸⁰ *Craig*, in: *Craig/de Burca*, *The Evolution of EU Law*, S. 44.

⁷⁸¹ *Mittag*, *Kleine Geschichte der Europäischen Union*, S. 140.

⁷⁸² *Oppermann/Classen/Nettesheim*, § 2, Rn. 8; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 367ff.; *Weiler*, *The transformation of Europe*, *Yale Law Journal* Nr. 100 (1991), S. 2403, 2423.

⁷⁸³ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 7ff. – *Van Gend & Loos*.

⁷⁸⁴ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1259 – *Costa/ENEL*.

⁷⁸⁵ Im Wortlaut: „Stehen bei Beschlüssen, die mit Mehrheit auf Vorschlag der Kommission gefasst werden können, sehr wichtige Interessen eines oder mehrerer Partner auf dem Spiel, so werden sich die Mitglieder des Rates innerhalb eines angemessenen Zeitraums bemühen, zu Lösungen zu gelangen, die von allen Mitgliedern des Rates unter Wahrung ihrer gegenseitigen Interessen und der Interessen der Gemeinschaft gemäß Art. 2 des Vertrages angenommen werden können. Hinsichtlich des vorstehenden Absatzes ist die französische Delegation der Auffassung, dass bei sehr wichtigen Interessen die Erörterung fortgesetzt werden muss, bis ein einstimmiges Einvernehmen erzielt worden ist.“ Abrufbar unter: http://www.cvce.eu/obj/schlußkommunique_der_außerordentlichen_tagung_des_ministerrats_luxemburg_29_januar_1966-de-abe9e77d-9bf9-4e0a-90a9-b80cb48efb47.html

⁷⁸⁶ *Craig*, in: *Craig/de Burca*, *The Evolution of EU Law*, S. 44.

⁷⁸⁷ *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 369; *Scharpf*, *Regieren in Europa*, S. 54.

⁷⁸⁸ *Kingreen*, *Grundfreiheiten*, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 705, 711.

⁷⁸⁹ *Halter*, *Europarecht*, Bd. I, S. 59f.

3. Stagnationsphase

Der Zeitraum von Mitte der siebziger bis Mitte der achtziger Jahre wird als Stagnationsphase bezeichnet.⁷⁹⁰ In diese Phase fielen die Beitritte Großbritanniens, Irlands, Dänemarks, Griechenlands, Spaniens und Portugals. Die Beitritte führten jedoch nicht zu einer politischen Dynamik. Im Gegenteil, wegen des Luxemburger Kompromisses und der damit verbundenen Bestrebung, stets die Zustimmung aller Mitgliedstaaten zu erlangen, waren Entscheidungsprozesse im Ministerrat nicht zuletzt aufgrund der größeren Heterogenität der Mitgliedstaaten gehemmt.⁷⁹¹ Außerdem waren die Mitgliedstaaten wegen einer andauernden Wirtschaftskrise nicht gewillt, den Markt auf europäischer Ebene zu regulieren, sondern unterstützten ihre schwächelnden Wirtschaften durch Beihilfen und zusätzliche Marktbarrieren. So verwundert es nicht, dass die negative Integration auf Basis der Rechtsprechung des EuGH in der Stagnationsphase der Europäischen Union ihre Hochzeit hatte, da sie oftmals die einzige Integrationsmöglichkeit war.⁷⁹² So nahm der EuGH unter anderem in der Entscheidung *Dassonville* im Jahr 1974, in der er die Warenverkehrsfreiheit als Beschränkungsverbot auslegte,⁷⁹³ einen Integrationsschritt vor, der auf politischem Wege über den Ministerrat zu jener Zeit undenkbar war. Seine Rechtsprechung wirkte dadurch entgegengesetzt zu den nationalen Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die in Zeiten der Wirtschaftskrise neue Marktbarrieren erschufen.

4. Phase der Supranationalität

Diese Phase begann Mitte der achtziger Jahre mit den Vorbereitungen zur Einheitlichen Europäischen Akte. Eine der wichtigsten Änderungen war die Einführung der Mehrheitsabstimmung im Rat im Binnenmarktbereich. Damit war der Weg für die Umsetzung der mehr als 300 legislativen Maßnahmen geebnet, welche das Weißbuch der Kommission zur Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes bis Ende 1992 vorschlug. Die im Weißbuch vorgesehenen Maßnahmen zielten auf eine weitere Abschaffung von Handelshemmnissen ab.⁷⁹⁴ Darüber hinaus wurden der Union in der Einheitlichen Europäischen Akte

⁷⁹⁰ Haltern, *Europarecht*, Bd. I, S. 61; englischsprachige Publikationen sprechen von den „dark ages“ der Gemeinschaft, Craig, in: Craig/de Burca, *The Evolution of EU Law*, S. 51 oder der „stagnat epoche“ Weiler, *The transformation of Europe*, *Yale Law Journal*, Vol. 100 (1991), S. 2403, 2431.

⁷⁹¹ Haltern, *Europarecht*, Bd. I, S. 62.

⁷⁹² Cremer, *Negative und positive Integration*, in: Hatje/Huber, *Europarecht Beiheft 1/2007*, S. 75, 80.

⁷⁹³ EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, S. 838, Tz. 5 – *Dassonville*.

⁷⁹⁴ Cremer, *Negative und positive Integration*, in: Hatje/Huber, *Europarecht Beiheft 1/2007*, S. 75, 81.

Kompetenzen im Umweltbereich, zur Förderung der Wissenschaften und in der Sozialpolitik übertragen.⁷⁹⁵

Die darauf folgende Vertragsänderung im Vertrag von Maastricht Anfang der neunziger Jahre führte durch die Gründung der Europäischen Union, der Einführung der Wirtschafts- und Währungsunion sowie des Kapitels über die Unionsbürgerschaft zu erheblichen Neuerungen. Für das Verhältnis zwischen negativer und positiver Integration sind insbesondere die zum Teil neugefasste Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten und die Einführung der Subsidiaritätsklausel relevant.

Auch die sich anschließenden Neuregelungen im Vertrag von Amsterdam aus dem Jahr 1997 begegneten verschiedenen aktuellen Problemen der Europäischen Gemeinschaft. Eine wichtige Änderung für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand ist vor allem die Ausweitung der Bereiche, in denen im Rat Mehrheitsbeschlüsse möglich wurden.⁷⁹⁶

Der Vertrag von Nizza aus dem Jahr 2001 erweiterte nochmals die Politikbereiche, welche Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit erlauben. Eine endgültige Abschaffung des Vetorechts im Rat gelang jedoch auch durch die Vertragsreform von Nizza nicht.⁷⁹⁷

5. Verfassungsvertrag und Vertrag von Lissabon

Da die Vertragsreformen von Amsterdam und Nizza die institutionellen Probleme der Europäischen Union, welche insbesondere nach der Osterweiterung virulent wurden, nicht zu lösen vermochten, erfolgte 2001 die Einberufung eines Verfassungskonvent zur Erarbeitung einer Verfassung für Europa. Nach Vorlage eines Entwurfs im Juli 2003 einigten sich die Staats- und Regierungschefs im Jahr 2004 auf eine endgültige Fassung eines Vertrages über eine Verfassung für Europa. Nachdem der Verfassungsvertrag mangels Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten nicht in Kraft trat, wurde der Reformprozess durch den Vertrag von Lissabon fortgesetzt. Der Vertrag von Lissabon trat zum 1. Dezember 2009 in Kraft. Besondere Relevanz für das Verhältnis zwischen negativer und positiver Integration im Tourismusbereich hat die Einführung eines konkreten Kompetenzkataloges mit unterschiedlichen Kompetenzkategorien, der die Verteilung der Kompetenzen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten regelt und der Union in Art. 6 lit. d AEUV eine eigene Kompetenz im Tourismusbereich zuweist. Darüber hinaus wurde die Abstimmung im Mehrheitsverfahren im Rat zur Regel. Nur in wenigen Ausnahmefällen, wie Vertragsänderungen, weiteren Kompetenzübertragungen sowie in einigen besonders sensiblen Politik-

⁷⁹⁵ *Winkler*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 308 EGV, Rn. 26ff., 34. Ergänzungslieferung, Stand: Januar 2008; *Weidenfeld/Wessels*, Europa von A-Z, Europäische Einigung im historischen Überblick, S. 35; *Streinz*, Europarecht, Rn. 36.

⁷⁹⁶ *Mittag*, Kleine Geschichte der Europäischen Union, S. 256; *Streinz*, Europarecht, Rn. 50.

⁷⁹⁷ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, § 1 Rn. 26.

bereichen ist weiterhin Einstimmigkeit erforderlich.⁷⁹⁸ Inwiefern diese Neuerungen die bestehende Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration vermindern können, ist Gegenstand der Diskussion in Kapitel 6 dieser Arbeit.

6. Europäische Polykrise

Weltweite Finanzkrise, Migrations- und Sicherheitskrise sowie das erfolgreiche Referendum in Großbritannien zum Austritt aus der Europäischen Union verdichteten sich im Jahr 2016 zu einer europäischen Polykrise.⁷⁹⁹ Vor diesem Hintergrund veröffentlichte die Europäische Kommission 2017 ein Weißbuch mit unterschiedlichen Szenarien für die zukünftige Entwicklung der Union.⁸⁰⁰ Diese reichen unter anderem von einer Rückbesinnung auf den Schwerpunkt Binnenmarkt (Szenario 2), über ein Europa der unterschiedlichen Integrationstiefen (Szenario 3) bis hin zu einer vertieften Integration für alle Mitglieder (Szenario 5). Die Kommission möchte damit bewusst eine Bottom-Up Diskussion zur Zukunft der Union anregen. Konkrete Vorschläge in Bezug auf die Tourismuspolitik enthält das Weißbuch nicht.

II. Unterschiedliche Beschlussfassungsmodi im Ministerrat und Gerichtshof

Die unterschiedlichen Mehrheitserfordernisse im Ministerrat und im Gerichtshof trugen zur Entstehung der Asymmetrie bei. Zum einen bedurfte es aufgrund des Luxemburger Kompromisses bis zur Einheitlichen Europäischen Akte im Ministerrat stets eines einstimmigen Beschlusses, um Sekundärrecht zu erlassen. Eine politische Einigung war aufgrund der heterogenen Interessen, die im Ministerrat vertreten waren, schwer zu erzielen. Allein das Veto nur eines Mitgliedstaates reichte aus, um einen Rechtsakt zu verhindern. Der EuGH füllte dieses Regelungsvakuum und fungierte als Ersatzgesetzgeber.⁸⁰¹ Aber auch nach der Einführung der qualifizierten Mehrheit als Regelabstimmungsmodus durch den Vertrag von Lissabon bleiben politische Einigungen schwierig, denn die Erweiterungsrunden der Europäischen Union und das unterschiedliche Niveau der Sozialsysteme in den neuen und alten Mitgliedstaaten führen zu einer weiteren Diversifizierung der im Ministerrat vertretenen Interessen.

⁷⁹⁸ Siehe zu den Ausnahmefällen *Ziegenhorn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 238 AEUV, Rn. 41.

⁷⁹⁹ Zum Begriff Polykrise, *Calliess*, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union, NVwZ 2018, S. 1; *Hoffmann*, Europäische Union quo vadis?, EWS 2019, S. 69; von einer Vertrauenskrise sprechend: *von Bogdandy*, Jenseits der Rechtsgemeinschaft, EuR 2017, S. 487, S. 501ff.

⁸⁰⁰ Weißbuch der Kommission zur Zukunft Europas, KOM (2017) 2025; siehe zum Weißbuch auch *Calliess*, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union, NVwZ 2018, S. 1ff; *Hoffmann*, Europäische Union quo vadis?, EWS 2019, S. 69, 77f.

⁸⁰¹ *Wolf-Niedermaier*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik, S. 258; *Dänzer-Vanotti*, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1992, S. 733, 734.

Die Entscheidungsfindung der Kammern des Gerichtshofes hingegen ist unkomplizierter. Zwar ergeben laut Art. 17 der Satzung des Gerichtshofs die Entscheidungen mit Unterstützung aller Richter, de facto reicht jedoch eine einfache Mehrheit aus. Denn gemäß Art. 27 § 5 der Verfahrensordnung des EuGH bedarf es zur Einstufung einer mitgliedstaatlichen Regelung als unvereinbar mit den Grundfreiheiten lediglich einer einfachen Mehrheit der Richterstimmen in der jeweiligen Kammer.⁸⁰² Die Rechtsprechung kann somit politische Auseinandersetzungen auf europäischer Ebene durch mit einfacher Mehrheit erlassene Urteile beenden.⁸⁰³

III. Leichtere Begründung und Implementierung negativer Integration

Darüber hinaus trägt die unterschiedliche Funktionsweise der negativen und positiven Integration zur Asymmetrie bei. Es war zu Beginn der Europäischen Union leichter, in den Verträgen Regelungen für die Abschaffung der Diskriminierungen festzulegen, da diese relativ einfach zu definieren sind. Außerdem bedient sich der EuGH einer als neutral und unpolitisch empfundenen Rechtssprache, die die Brisanz mancher Urteile nicht sofort erkennen lässt.⁸⁰⁴ Positive Integration, die eine gemeinsame Politik verfolgt, war – und ist noch heute – schwieriger zu erschaffen.⁸⁰⁵

Des Weiteren ist die Implementierung der negativen Integration weitaus einfacher als die Umsetzung positiver Integration. Dies gilt zumindest insoweit negative Integration marktschaffend ist und die positive Integration marktkorrigierend. Negative Integration verlangt von den Mitgliedstaaten lediglich, eine Behinderung des Austauschs zwischen den Staaten durch eigene Regelungen zu unterlassen. Dies stellt keine hohen Anforderungen an die Steuerungskompetenz des Staates, zumal die Mitgliedstaaten auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zurückgreifen können.⁸⁰⁶ Im Rahmen der positiven marktkorrigierenden Integration haben die Mitgliedstaaten demgegenüber einen gemeinsamen Standpunkt zu entwickeln, eine darauf aufsetzende Politik zu initiieren und durchzusetzen und mit dieser bestimmte Zielvorgaben zu erreichen. Diese Vorgaben liegen meist knapp oberhalb des kleinsten gemeinsamen Nenners, sodass zumindest einige Mitgliedstaaten unter Handlungsdruck geraten. Die Implementierung positiver Integration ist aufwändiger, da – im Falle von Richtlinien – nicht nur die Mitgliedstaaten die Regelungen in nationales Recht

⁸⁰² *Pechstein*, EU-Prozessrecht, Rn. 161; *Schmidt*, Gefangen im „lock in“?, *Der moderne Staat* 2010, S. 455, 466, vgl. Art. 27 § 5 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs.

⁸⁰³ *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RebelsZ* 50 (1986), S. 193, 213; siehe zu unterschiedlichen Mehrheitserfordernissen auch *von Danwitz*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *EuR* 2008, S. 769, 781.

⁸⁰⁴ *Wolf-Niedermaier*, *Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik*, S. 259.

⁸⁰⁵ *Pinder*, Positive integration and negative integration, *The world today* Vol. 24 1968, S. 88, 98.

⁸⁰⁶ *Zürn*, Die Implementation internationaler Umweltregime und „positive Integration“, S. 17.

umsetzen, sondern auch die Adressaten der Regelung zu deren Einhaltung angehalten werden müssen.⁸⁰⁷ Es bedarf somit eines Tätigwerdens der nationalen Legislative und Administrative sowie der Regelungsadressaten, um eine marktkorrigierende positive Integrationsmaßnahme einzuführen. Aus diesem Grund ist der Erfolg der positiven Integration unsicherer und tritt später ein, als der Erfolg der negativen Integration.⁸⁰⁸

IV. Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung

Das schnelle Voranschreiten der negativen Integration lässt sich auch durch die sogenannte „Pfadabhängigkeit“ der Rechtsprechung erklären. Dieser Begriff stammt ursprünglich aus der Politikwissenschaft und ist mit der aus der Rechtswissenschaft bekannten Präjudizialität⁸⁰⁹ verwandt. Er geht jedoch insofern darüber hinaus, als dass eine Pfadumkehr, also eine Rechtsprechungsänderung, unwahrscheinlicher ist.⁸¹⁰ Eine Untersuchung der Urteile des EuGH aus dem Jahr 1999 hat ergeben, dass die mit Abstand am häufigsten verwendete Argumentationsfigur der Verweis auf eigene vorangegangene Urteile ist.⁸¹¹ Auch im Bereich der für den Tourismus relevanten Dienstleistungsfreiheit und Freizügigkeit verweist der EuGH oftmals auf die vorangegangene Rechtsprechung.⁸¹² Pfadabhängige Prozesse zeichnen sich häufig dadurch aus, dass positive Verstärkungen den einmal eingeschlagenen Pfad stützen und eine Pfadumkehr unwahrscheinlich machen, sodass es zu einem sogenannten „lock-in“ kommt.⁸¹³ Die positive Verstärkung des eingeschlagenen Pfades ergibt sich durch den Zugang privater Personen zum Gerichtshof. Private können unter Berufung auf die Grundfreiheiten Hindernisse für wirtschaftliche Aktivitäten mit grenzüberschreitendem Bezug aus dem Weg räumen, damit eine für sie günstigere rechtliche Situation eintritt.⁸¹⁴ Die durchaus progressive Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit privaten Akteuren lässt sich dadurch erklären, dass vor dem Hintergrund der nicht unumstrittenen demokratischen Legitimation der Europäischen Union die Durchsetzung individueller Rechtspositionen genutzt wurde, um die Legitimation der supranationa-

⁸⁰⁷ Zürn, Die Implementation internationaler Umweltregime und „positive Integration“, S. 18.

⁸⁰⁸ Majone, Dilemmas of European Integration, S. 151.

⁸⁰⁹ Eine strikte Präjudizwirkung vorangegangener Urteil besteht beim EuGH freilich nicht, allerdings existiert faktisch, wie die zahlreichen Verweise in den Urteilen auf vorangegangene Entscheidungen nahelegen, eine gewisse präjudizielle Tendenz, vgl. dazu Neuner, Die Rechtsfortbildung, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, S. 245, 253; Baudenbacher/Bergmann, Der EuGH außer Kontrolle?, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 191, 222f.

⁸¹⁰ Schmidt, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 458; Wolf-Niedermaier, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik, S. 264.

⁸¹¹ Dederichs, Die Methodik des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, EuR 2004, S. 345, 347; Höpner, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, Der moderne Staat 2010, S. 165, 179.

⁸¹² Bspw. zitiert der EuGH die Rs. Cowan im Tourismusbereich in folgenden Urteilen: Bickel und Franz, Ciola, Museumseintritte, Oulane, Presidente del Consiglio.

⁸¹³ Mahoney, Path Dependence in historical sociology, Theory and Society 2000, S. 507ff.; Schmidt, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 456.

⁸¹⁴ Schmidt, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 459.

len Ordnung zu stärken.⁸¹⁵ Im Gegensatz dazu gibt es für Personen, die die progressive Auslegung der Grundfreiheiten negativ trifft, keine Möglichkeit, ihre Interessen vor dem EuGH durchzusetzen. Neben dem Klageverhalten Privater verstärkt die Rolle der Kommission als „Hüterin der Verträge“ in der sie Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten einleitet diesen Effekt.⁸¹⁶ Ebenfalls hat die zumindest anfänglich durchaus positive Aufnahme der progressiven Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten den eingeschlagenen Pfad zunächst bestätigt.⁸¹⁷

Zum Teil wird unter dem Stichwort der Pfadabhängigkeit auch darauf verwiesen, dass der Ursprung der Europäischen Union als Wirtschaftsgemeinschaft sich in einer stark ausgeprägten negative Integration niederschlägt, welche zumindest anfangs stets als marktschaffend charakterisiert wurde.⁸¹⁸

V. Richterrecht in der Europäischen Union

Nicht zuletzt trägt die Rolle des Richterrechts in der Europäischen Union erheblich zur Entstehung der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration bei.

1. Rechtswahrungsauftrag des EuGH

Basis des Richterrechts ist Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV wonach der Auftrag des Gerichtshofs darin besteht, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Die Wahrung des Rechts bedeutet, dass der Gerichtshof nicht nur an die positiv ausgestalteten Normen im Primär- und Sekundärrecht gebunden ist. Stattdessen soll er auch das dahinterstehende Recht sowie Rechtsprinzipien, allgemeine Rechtsgrundsätze und Gemeinschaftsgewohnheit sichern.⁸¹⁹ Dem dahinterstehenden Recht kommt gegenüber dem Gesetz ein überschießender Sinngehalt zu.⁸²⁰ Die vertraglichen Normen sollen so angewendet werden, dass dem Recht zur bestmöglichen Wirksamkeit verholfen wird.⁸²¹ Da unionsrechtliche Normen in der Regel weder auf der Ebene des Primär- noch auf der Ebene des Sekundärrechts präzise gefasst sind, hat der EuGH im Rahmen der Wahrung des Rechts einen großen Handlungsspielraum.

⁸¹⁵ Schmidt, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 459.

⁸¹⁶ Vgl. Schmidt, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 456.

⁸¹⁷ Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage, Art. 220 EGV, Rn. 3.

⁸¹⁸ Zürn, Die Implementation internationaler Umweltregime und „positive Integration“, MPIFG Discussion paper 96/3, S. 25.

⁸¹⁹ Ukrow, Richterlicher Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 92; Hummer/Obwexer, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour?, EuzW 1997, S. 295, 296; Möllers, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, EuR 1998, S. 20, 25; Pechstein, EU-Prozessrecht, Rn. 15.

⁸²⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 256.

⁸²¹ Everling, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217, 221.

2. Wirkung der Urteile des EuGH

Richterrecht durch die Urteile des EuGH kann nur entstehen, soweit sie Wirkung für die Allgemeinheit entfalten. Grundsätzlich gelten Urteile des EuGH zur Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit den Grundfreiheiten oder dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht *inter partes*, das heißt zwischen den Parteien des Rechtsstreits.⁸²² Faktisch kommt den Urteilen jedoch *erga omnes*-Wirkung zu, also ein allgemeinverbindlicher Gehalt.⁸²³ Aufgrund der Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung ist künftig jeder gleichartige Fall entsprechend des ergangenen Urteils zu entscheiden. So kann die Wirkung eines einzelnen Urteils in die Nähe eines generell-abstrakten Rechtssatzes rücken.⁸²⁴ Andere Mitgliedstaaten mit ähnlichen Regelungen wie der gegen das Unionsrecht verstoßenden Regelung, müssen ihre Gesetze ändern, wenn sie eine spätere Verurteilung vermeiden möchten.⁸²⁵ Außerdem übt die Rechtsprechung des EuGH auch einen innerstaatlich begründeten Änderungsdruck auf nationale Gesetzgeber aus. Um die Diskriminierung eigener Staatsangehöriger zu vermeiden, beseitigen die Mitgliedstaaten zumeist die in Frage stehende Regelung nicht nur für grenzüberschreitende, sondern auch für rein innerstaatliche Sachverhalte.⁸²⁶ Denkbar ist eine solche Gesetzesänderung beispielsweise bei den durch den EuGH wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit verbotenen Vergünstigungen des Museumseintritts für Personen aus der Region des Museums. Um die eigenen Staatsangehörigen, die nicht in der Region des Museums wohnen, gegenüber anderen Unionsbürgern nicht zu benachteiligen, schafft der Staat die Vergünstigungen ab.

3. Richterliche Rechtsfortbildung zwischen Rechtswahrung und Rechtserzeugung

In der Grauzone zwischen zulässiger Rechtswahrung und unzulässiger Rechtserzeugung liegt die richterliche Rechtsfortbildung.⁸²⁷ Sowohl die Grenze zwischen Rechtsauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung als auch die Grenze zwischen richterlicher Rechtsfort-

⁸²² Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 34.

⁸²³ So auch Dobler, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 544; Dänzer-Vanotti, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsfortbildung, in: Due/Lutter/Schwarze, Festschrift Everling, S. 205, 206.

⁸²⁴ Hummer/Obwexer, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour?, EuZW 1997, S. 295, 297.

⁸²⁵ So bspw. geschehen nach dem Urteil in der Rs. Luisi und Carbone, da auch in Frankreich eine der inkriminierten Regelung vergleichbare Norm zur Beschränkung der Reisedevisen existierte, vgl. Everling, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ 50 (1986), S. 193, 215.

⁸²⁶ Büchele, Diskriminierung, Beschränkung und Keck-Mithouard, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 335, 338.

⁸²⁷ Pechstein, EU-Prozessrecht, Rn. 10; Calliess, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929, 930; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 254ff.

bildung und unzulässiger Rechtserzeugung ist fließend.⁸²⁸ Der Gerichtshof selbst nimmt eine solche Differenzierung nicht vor, sondern geht pauschal von der Interpretation des Rechts aus.⁸²⁹ Im deutschen Sprachgebrauch besteht die Grenze zwischen Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung im noch möglichen Wortsinn der Norm. Da das Unionsrecht nach derzeitigem Legitimationsstand noch immer auf dem innerstaatlichen Anwendungsbefehl beruht, kann die im deutschen Sprachraum gebräuchliche Unterscheidung trotz der Autonomie der Unionsrechtsordnung auf das Unionsrecht übertragen werden.⁸³⁰ Kurz sei auf die in Kapitel 3 besprochenen Urteile hingewiesen, in denen die Rechtsprechung zum Teil über die bloße Auslegung des Primär- und Sekundärrechts hinausgeht. So hat der EuGH in der Rs. *Luisi und Carbone* die passive Dienstleistungsfreiheit eingeführt.⁸³¹ Die Rechtsprechung zu den Fremdenführerfällen etabliert ebenfalls eine neue Form der Dienstleistungsfreiheit. In beiden Fällen wird die Wortlautgrenze des Primärrechts überschritten. In der Rs. *Cowan* löste der EuGH die Dienstleistungsfreiheit von einem direkten wirtschaftlichen Bezug und verfestigte dies in der Rs. *Bickel und Franz*. Den den Grundfreiheiten immanenten grenzüberschreitenden Bezug relativierte der EuGH in der Rs. *Carpenter*.

Neben der Pfadabhängigkeit bedient sich der Gerichtshof bei Auslegung und Fortbildung des Rechts vor allem der teleologischen Interpretation nach dem Vertragszweck und den Vertragszielen.⁸³² Dabei betont der Gerichtshof besonders das in der Präambel zum Ausdruck kommende Ziel einer immer enger werdenden Union zwischen den Völkern Europas.⁸³³ Das dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Ziel, Entscheidungen so bürgernah wie möglich zu treffen sowie das Gebot, die Identität der Mitgliedstaaten zu achten und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, treten dabei in den Hintergrund.⁸³⁴ Die te-

⁸²⁸ *Pechstein*, EU-Prozessrecht, Rn. 10.

⁸²⁹ *Neuner*, Die Rechtsfortbildung, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, S. 245, 246f.; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 513; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 72.

⁸³⁰ *Neuner*, Die Rechtsfortbildung, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, S. 245, 247f..

⁸³¹ *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193, 215.

⁸³² Zum Teil wird diese in der Regel äußerst unionsfreundliche Auslegung auch als Methode „in dubio pro communitate“ bezeichnet, vgl. *Bleckmann*, Die Rolle der richterlichen Rechtsschöpfung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Lüke/Ress/Will, Festschrift Constantinesco, S. 61, 67; *Büchtele*, Diskriminierung, Beschränkung und Keck-Mithouard, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 335, 337; *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, *NJW* 2009, S. 1841, 1843.

⁸³³ *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 93f. verweist hier zusätzlich auf den „dynamisch-evolutiven Integrationsansatz“ des EuGH.

⁸³⁴ *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, *NJW* 2009, S. 1841, 1844.

leologische Interpretation ist eng verwandt mit dem Grundsatz des „*effet utile*“, der die jeweils für die Interessen der Union nützlichste Wirkung einer Norm bevorzugt.⁸³⁵

4. Lückenfüllungsfunktion und Rechtsverweigerungsverbot

Aufgrund des fragmentarischen Charakters des Primärrechts ist eine Rechtsfortbildung durch den EuGH im Sinne einer Lückenfüllungsfunktion bis zu einem gewissen Grad geboten.⁸³⁶ Den Gründungsvätern der Europäischen Gemeinschaft war bewusst, dass dem EuGH diese Funktion zusteht, um die Gemeinschaften als „Zweckverbände funktionaler Integration“ effektiv verwirklichen zu können.⁸³⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem *Kloppenburg*-Beschluss die Befähigung des EuGH zur Rechtsfortbildung grundsätzlich anerkannt.⁸³⁸

Darüber hinaus ist richterliche Rechtsfortbildung zu einem gewissen Grad auch wegen des Verbots der Rechtsverweigerung gerechtfertigt. Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz des Unionsrechts besagt, dass der EuGH einen Rechtsstreit entscheiden muss, mag das Primärrecht an der jeweiligen Stelle auch unvollständig und daher die Lösung nicht vorgezeichnet sein.⁸³⁹ Allerdings ist dem Verbot der Rechtsverweigerung eine Grenze gesetzt, wo der EuGH durch die Lösung des Falles die Kompetenzordnung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten zugunsten der Union durchbricht, statt auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu verweisen.⁸⁴⁰ Der EuGH löst jedoch oftmals die ihm übertragenen Konflikte, obwohl er die Einschlägigkeit des Unionsrechts hätte verneinen können, da das Europarecht nur in bestimmten Konstellationen Anwendung findet.⁸⁴¹

⁸³⁵ *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929, 930; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 519.

⁸³⁶ *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, NJW 2009, S. 1841, 1843; *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929, 932; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 525; *Höpner*, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, Der moderne Staat 2010, S. 165, 167.

⁸³⁷ *Hummer/Obwexer*, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour?, EuZW 1997, S. 295, 297.

⁸³⁸ BVerfGE 75, S. 223, 242; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 526; *Streinz*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH, ZEuS 2004, S. 387, 389.

⁸³⁹ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 522; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 128.

⁸⁴⁰ *Höpner*, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, Der moderne Staat 2010, S. 165, 178; *Dänzer-Vanotti*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: Duer/Lutter/Schwarze, Festschrift Everling, S. 205, 212.

⁸⁴¹ *Schmidt*, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 466.

C. Auswirkungen der Asymmetrie im horizontalen und vertikalen Verhältnis

I. Institutionelles Gleichgewicht als Ordnungsprinzip im horizontalen Verhältnis

Im horizontalen Verhältnis zwischen den Organen der Union mäßigt das institutionelle Gleichgewicht die hoheitliche Gewaltausübung und sichert die demokratische Legitimation der Ausübung von Hoheitsgewalt.⁸⁴² Der Grundsatz gebietet, dass jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt und Verstöße hiergegen vom Gerichtshof kontrolliert werden.⁸⁴³ Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts wurde vom EuGH im Urteil *Meroni* im Jahr 1958 erstmals explizit erwähnt und zugleich justiziabel gemacht.⁸⁴⁴ Es ist in den Verträgen nicht ausdrücklich enthalten, wird inzwischen in Art. 13 EUV jedoch angedeutet. Außerdem schreiben die Bestimmungen über die Organe jedem Organ einen bestimmten Funktionsbereich zu.⁸⁴⁵ So ist gemäß Art. 14 Abs. 1 EUV das Europäische Parlament gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber tätig. Der Europäische Rat gibt nach Art. 15 Abs. 1 EUV der Union die erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten fest. Die Kommission fördert die allgemeinen Interessen der Union und ergreift hierfür geeignete Initiativen (Art. 17 EUV); auch der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Dieses System der Funktionenteilung ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, dem sich auch die Europäische Union verpflichtet fühlt.⁸⁴⁶ Gleichzeitig macht die Verteilung der Funktionen zwischen den einzelnen Organen deutlich, dass ein System strikter Gewaltenteilung in Legislative, Exekutive und Judikative, wie von nationalstaatlicher Ebene bekannt, nicht existiert. Dies gilt insbesondere für die Legislative, deren Funktionen zwischen Europäischem Parlament, Rat und Kommission als Initiativorgan aufgeteilt sind.⁸⁴⁷ In der Judikative ist die Funktionszuteilung weitaus deutlicher. Die rechtsprechende Gewalt steht ausschließlich dem EuGH zu. Gleichzeitig ist dies die einzige Funktion, die der Vertrag dem EuGH zuweist.⁸⁴⁸

Im Rahmen dieses von Gleichgewicht geprägten Gefüges war die Hauptrechtsetzungsfunktion zunächst dem Rat vorbehalten, an dessen Seite später das Europäische Parlament

⁸⁴² *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 228.

⁸⁴³ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 5, Rn. 20.

⁸⁴⁴ EuGH, Rs. 9/56, Slg. 1958, S. 16 – *Meroni I*; EuGH, Rs. 10/56, Slg. 1958, S. 57 – *Meroni II*; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 13 EUV, Rn. 10.

⁸⁴⁵ *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 227.

⁸⁴⁶ *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, S. 711f; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: *Roth/Hilpold*, S. 509, 528; im Ergebnis ebenso *Neuner*, Die Rechtsfortbildung, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, S. 245, 250.

⁸⁴⁷ *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, S. 713.

⁸⁴⁸ *Mittmann*, Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, S. 192.

trat. Den Rechtsetzungsorganen kommt nach Art. 114 und 115 AEUV die Aufgabe der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich des Binnenmarktes zu. Dem EuGH hingegen wird die Rolle einer klassischen dritten Gewalt zugeschrieben. Er soll entstehende Konflikte lösen und ist nicht zur Rechtsetzung befugt.⁸⁴⁹ Mit dieser Funktion geht einher, dass der EuGH nur im Falle seiner Anrufung handeln darf. Auch organisatorisch verfügt der EuGH nicht über die nötigen personellen Ressourcen für die Wahrnehmung einer Funktion als Rechtsetzungsorgan, da er dabei zumindest eine umfassende vorausgehende Folgenabschätzung durchführen sollte.⁸⁵⁰ Außerdem wird das Handeln des EuGH von keiner anderen Institution kontrolliert oder überprüft.⁸⁵¹ Vor diesem Hintergrund hat der EuGH die vorstehend beschriebene Idee der Gewaltenteilung zu beachten, da ihm die Verträge nicht das Recht zur unbegrenzten Kompetenzerweiterung übertragen.⁸⁵² Interessanterweise wird der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts seitens des EuGH zur Begrenzung seiner eigenen Funktion bisher jedoch nicht ins Spiel gebracht.⁸⁵³ Der Gerichtshof ist somit zwar mehr als ein bloßes Kontrollorgan im Verfassungssystem der Union, wird aber dennoch nicht den politisch handelnden Organen zugeordnet.⁸⁵⁴ Deshalb stehen die vertraglich definierte Rolle des EuGH als „Wahrer des Rechts“ und die Kompetenzen der Legislative zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Richterrecht durch die Fortentwicklung transnationaler Integrationsnormen.⁸⁵⁵

II. Auswirkungen der Asymmetrie im horizontalen Verhältnis

Ein Aspekt der Auswirkungen der Diskrepanz zwischen den Integrationsmodi auf das Verhältnis der Unionsorgane untereinander ist die Bindung des europäischen Gesetzgebers an die Grundfreiheiten. In der Regel schafft der Unionsgesetzgeber durch seine Gesetzgebung zwar keine Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel, trotzdem wird seine

⁸⁴⁹ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, S. 509, 528; *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, S. 712; *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie europäischer Integration, S. 101, 122; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 366; *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 228.

⁸⁵⁰ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 544f.

⁸⁵¹ *Haltern/Bergmann*, Einleitung, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 1, 4.

⁸⁵² *Egger*, Nationale Interessen und Nichtdiskriminierung im Arbeits- und Sozialrecht, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 55, 101.

⁸⁵³ *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 220 EGV, Rn. 58, 20. Ergänzungslieferung, Stand: August 2002.

⁸⁵⁴ *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193, 209.

⁸⁵⁵ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 36ff.

Bindung an die Grundfreiheiten weitestgehend bejaht.⁸⁵⁶ Die Pflicht der Sekundärrechtsetzung, die vom EuGH interpretierten (primärrechtlichen) Grundfreiheiten zu beachten, verstärkt die Asymmetrie. Die Gestaltungsspielräume der positiven Integration auf europäischer Ebene werden somit nach Maßgabe der negativen Integration des EuGH verengt.⁸⁵⁷

III. Ordnungsprinzipien im vertikalen Verhältnis

1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Im vertikalen Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten richtet sich die Kompetenzverteilung nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 2 EUV. Diesem Prinzip kommt im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten eine Begrenzungsfunktion zugunsten der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten zu.⁸⁵⁸ Danach wird die Union nur innerhalb der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der Ziele der Union übertragen haben. Wie in Art. 4 EUV nochmals festgehalten, verbleiben den Mitgliedstaaten alle Kompetenzen die nicht der Union übertragen wurden. Über eine Kompetenz-Kompetenz verfügt die Union somit nicht. Durch die Erfassung bloßer Zielvorgaben in Art. 5 Abs. 2 EUV ermöglicht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung keine genaue Kompetenzabgrenzung. Allerdings ist der Formulierung insgesamt ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu entnehmen, wonach im Zweifelsfall eine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten besteht.⁸⁵⁹ An das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist auch der EuGH als Organ der Union gebunden.⁸⁶⁰

Die Kompetenzergänzungsklausel in Art. 352 AEUV ist keine Durchbrechung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.⁸⁶¹ Zwar ermöglicht Art. 352 AEUV den Erlass von Vorschriften durch die Legislativorgane der Union, soweit ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich ist, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen und in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind. Allerdings darf Art. 352 AEUV keinesfalls herangezogen

⁸⁵⁶ *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 34 AEUV, Rn. 101ff.; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 34 AEUV, Rn. 29; a.A.: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 110.

⁸⁵⁷ *Cremer*, Negative und positive Integration, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 75, 83.

⁸⁵⁸ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 534.

⁸⁵⁹ *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 7; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 534.

⁸⁶⁰ *Pernthaler*, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl. 2000, S. 691, 698.

⁸⁶¹ *Gundel*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 352 AEUV, Rn. 3; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 535; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 91; a. A. *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 631.

werden, um die Befugnisse der Union über den Rahmen auszudehnen, der sich aus den Vertragsbestimmungen ergibt, welche die Aufgaben und Tätigkeiten der Union festlegen.⁸⁶² Außerdem kann die Kompetenzergänzungsklausel nicht als Rechtsgrundlage für Maßnahmen herangezogen werden, die inhaltlich einer Vertragsänderung gleichkommen. Anderenfalls würde das in den Verträgen vorgesehene Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 EUV umgangen werden.⁸⁶³

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wird durch die Rechtsprechung des EuGH aufgeweicht, da die Mitgliedstaaten bei der Ausübung der Befugnisse in ihrem Zuständigkeitsbereich (bei Sachverhalten mit grenzüberschreitendem Bezug) das Unionsrecht, insbesondere die Grundfreiheiten, beachten müssen.⁸⁶⁴ Die Funktionszuweisung an den EuGH zur Wahrung des Rechts in Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV darf jedoch nicht im Sinne einer Kompetenznorm verstanden werden, die dem Gerichtshof eine generelle Ermächtigung zur uferlosen Rechtsschöpfung einräumt.⁸⁶⁵ Der Gerichtshof ist – wie andere Organe der Union und die Mitgliedstaaten – an die in den Verträgen festgeschriebene Kompetenzordnung und den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gebunden.

2. Bedeutung des institutionellen Gleichgewichts für die vertikale Ebene

Auch der bereits erläuterte Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts beeinflusst die Machtverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union. Je nachdem, welches Unionsorgan den Rechtsetzungsprozess steuert, bestimmen sich die Einwirkungsmöglichkeiten nationaler Vertreter auf die Rechtsetzung.⁸⁶⁶ Die Union ist so konstruiert, dass in der Exekutive und der Legislative die Macht zwischen supranationalen und intergouvernementalen Institutionen ausbalanciert ist. Die Exekutive wird von der supranationalen Kommission und dem intergouvernementalen Ministerrat ausgefüllt.⁸⁶⁷ In der Legislative agieren auf supranationaler Ebene die Kommission und das Europäische Parlament und auf der intergouvernementalen Ebene der Ministerrat. Diese Zweiteilung setzt sich in der Judikative allerdings nicht fort, da eine intergouvernementale Gegengewalt zum supranationalen EuGH

⁸⁶² EuGH, Stellungnahme, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1783, 1788, Tz. 30 – EMRK.

⁸⁶³ EuGH, Stellungnahme, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1783, 1788, Tz. 30 – EMRK; *Gundel*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 352 AEUV, Rn. 5.

⁸⁶⁴ Siehe für den Bereich des Steuerrechts: *Kokott/Ost*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, EuZW 2011, S. 496, 497; zur Bedeutung des grenzüberschreitenden Sachverhalts siehe *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, S. 219ff.

⁸⁶⁵ *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217, 221; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 541.

⁸⁶⁶ Vgl. *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 229.

⁸⁶⁷ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 548.

nicht existiert.⁸⁶⁸ Insbesondere im Falle der Rechtserzeugung durch den EuGH fehlt der Einfluss eines intergouvernementalen Organs. Die Interessen der Mitgliedstaaten sind in der Judikative nicht vertreten.⁸⁶⁹ Ferner sichert die maßgebende Rolle des Rates in der Legislative nicht nur die Interessen der Mitgliedstaaten, sondern verleiht dem Rat auch Fach- und Tatsachenkenntnisse der Bediensteten mitgliedstaatlicher Verwaltungen.⁸⁷⁰ Obwohl dem EuGH die Einholung von Auskünften möglich ist, kann er auf eine entsprechende Wissensressource nicht zurückgreifen.

IV. Auswirkungen der Asymmetrie auf das vertikale Verhältnis

1. Aufweichung der vertikalen Kompetenzordnung

Während die Union zusätzliche Aufgaben wahrnimmt, wird der Einfluss der Mitgliedstaaten zurückgedrängt. Negative Integration durch extensive Auslegung der transnationalen Integrationsnormen sowie deren Geltung in Bereichen, die ausschließlich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen, erweitert den Einflussbereich der Europäischen Union und schränkt die mitgliedstaatliche Souveränität ein. Auch die großzügige Beurteilung des Tatbestandsmerkmals „Anwendungsbereichs des Vertrages“ bei der Prüfung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes weicht die durch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung festgelegte Kompetenzverteilung auf.⁸⁷¹ Die transnationalen Integrationsnormen beeinflussen in ihrer Interpretation durch den EuGH ebenenübergreifend die vertikale Kompetenzordnung zwischen Union und Mitgliedstaaten.⁸⁷² Formal verbleibt zwar die Kompetenz bei den Mitgliedstaaten. Aufgrund der Rechtsprechung können diese jedoch ihre Wirtschafts- und Sozialpolitik nicht mehr eigenständig steuern.

Die vertikale Kompetenzverteilung selbst enthält keine speziellen Vorgaben zum Schutz des von ihr geschaffenen Verhältnisses zwischen Union und Mitgliedstaaten bei der Interpretation des Rechts durch den EuGH. Der EuGH kann nicht nur die Reichweite der transnationalen Integrationsnormen vertiefen, sondern auch alleine bestimmen, ob eine

⁸⁶⁸ Vgl. Schaubild bei Höreth, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 94ff.

⁸⁶⁹ Dobler, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 549; Höpner, Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration, Berliner Journal für Soziologie 2011, S. 203, 205. Die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten als Parteien in den Prozessen vor dem EuGH auftreten, kann wohl kaum als eine angemessene Vertretung angesehen werden.

⁸⁷⁰ Dänzer-Vanotti, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1992, S. 733, 735.

⁸⁷¹ Höfler, Europa auf dem Weg zu einer sozialen Union?, NVwZ 2002, S. 1206, 1207; im Tourismusbereich hat der EuGH in den Rs. Cowan sowie Bickel und Franz über die passive Dienstleistungsfreiheit den Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet, obwohl nur ein mittelbarer Zusammenhang zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung bestand.

⁸⁷² Büchele, Diskriminierung, Beschränkung und Keck-Mithouard, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 335, 340/341.

Regelungslücke im Unionsrecht von den Mitgliedstaaten bewusst zum Schutz ihrer eigenen Souveränität gelassen wurde. Ist letzteres der Fall und wird der EuGH trotzdem rechtsfortbildend tätig, verschiebt sich die von den Mitgliedstaaten vorgenommene Grenzziehung zwischen ihren Kompetenzen und denen der Europäischen Union zu Lasten der Mitgliedstaaten.⁸⁷³ Eine formelle Kompetenzübertragung auf die europäische Ebene hingegen, welche zur Rechtsetzung legitimieren und somit Grundlage für ein Gegengewicht zur negativen Integration sein würde, verweigern die Mitgliedstaaten, um weitere Souveränitätsverluste zu vermeiden. Eine Rechtsetzung auf europäischer Ebene ist in den von den Mitgliedstaaten geregelten Bereichen somit häufig nicht möglich.⁸⁷⁴

2. Asymmetrie im vertikalen Verhältnis und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

Sollte bei der Union eine Kompetenz zum Handeln bestehen, ist oftmals eine politische Einigung für eine gemeinsame Regelung problematisch. Denn das von der Rechtsprechung statuierte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung verringert die Motivation zu einer gemeinsamen Rechtsangleichung durch Sekundärrecht auf europäischer Ebene. Gemäß des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung bedarf der Binnenmarkt nicht zwingend einer einheitlichen Rechtsordnung, sondern kann auch durch Anerkennung der Vorschriften der anderen Mitgliedstaaten umgesetzt werden.⁸⁷⁵ Das Prinzip wird beispielsweise bei den Voraussetzungen für die Tätigkeit ausländischer Reisebegleiter deutlich. Der EuGH hat eine griechische Regelung für unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit erklärt, die von ausländischen Reiseführern verlangte, dass sie im Besitz einer Erlaubnis sind, die eine durch ein Diplom nachzuweisende Ausbildung ersetzt. Obwohl in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten die Tätigkeit als Reiseführer keine solche Ausbildung erforderte, entschied der EuGH, dass die griechischen Behörden die Ausbildung der ausländischen Reiseführer anerkennen müssen.⁸⁷⁶ Da eine Liberalisierung im Binnenmarkt für Reiseführer somit faktisch durch die Rechtsprechung eingeführt wurde, hat sich die Motivation der Mitgliedstaaten verringert, eine einheitliche Regelung in diesem Bereich zu erlassen.⁸⁷⁷

⁸⁷³ *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, NJW 2009, S. 1841, 1843.

⁸⁷⁴ *Dietze*, Das Projekt Europa in der Dialektik von freiem Markt und sozialer Gerechtigkeit, S. 91.

⁸⁷⁵ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 36.

⁸⁷⁶ EuGH, Rs. 198/89, Slg. 1991, I-735, Tz. 29 – Kommission/Griechenland.

⁸⁷⁷ Zuzugeben ist, dass hinsichtlich Berufsqualifikationen Sekundärrecht auf Unionsebene besteht, welches die gegenseitige Anerkennung vorschreibt und der positiven Integration zugeordnet wird, vgl. RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. EU Nr. L 255, S. 22.

D. Kritikpunkte an der Asymmetrie der Integrationsmodi

I. Vertiefung des Demokratiedefizits

1. Demokratie und Demokratiedefizit in der Europäischen Union

Demokratie bedeutet „Volksherrschaft“ und steht für die gleichberechtigte Beteiligung aller Regierten an der Ausübung der Hoheitsgewalt.⁸⁷⁸ Art. 2 EUV nennt das Demokratieprinzip als grundlegendes Prinzip der Union. Art. 10 EUV konkretisiert dies dahingehend, dass die Arbeitsweise der Union auf dem Modell der repräsentativen Demokratie beruht. Die Anforderungen an die demokratische Legitimation in der Europäischen Union sind aufgrund der nichtstaatlichen Organisationsform nicht mit den Anforderungen im nationalstaatlichen Kontext gleichzusetzen. Gleichwohl können nationalstaatliche Demokratiekonzepte zur Orientierung dienen.⁸⁷⁹ In der Union wird die demokratische Legitimation über das Konzept der dualen Legitimation vermittelt, welches in Art. 10 Abs. 2 EUV anklingt. Danach ist das Legitimationssubjekt Bürger einerseits als nationaler Staatsbürger über die Regierungsvertreter im Rat, die von den nationalen Parlamenten bestimmt werden, und andererseits als Unionsbürger durch das Europäische Parlament, welches von den Unionsbürgern direkt gewählt wird, repräsentiert.⁸⁸⁰

Trotz dieser dualen Legitimation wird in der Europäischen Union ein Demokratiedefizit bemängelt. Die Diskussion um das Demokratiedefizit konzentriert sich in der Literatur meist auf die Tatsache, dass nicht direkt von den Bürgern legitimierte Organe wie das Europäische Parlament die wesentlichen Gesetzgebungsfunktionen wahrnehmen. Stattdessen geschieht dies durch indirekt gewählte und nicht abwählbare Organe wie den Rat, der aus den Regierungsmitgliedern der Mitgliedstaaten zusammengesetzt ist, und der Kommission.⁸⁸¹ Durch die Einführung des Mitentscheidungsverfahrens im Vertrag von Maastricht und dessen Aufwertung zum Regelgesetzgebungsverfahren im Vertrag von Lissabon wird

⁸⁷⁸ *Calliess*, Optionen zur Demokratisierung der Europäischen Union, in: Bauer/Huber/Sommermann, Demokratie in Europa, S. 281, 283.

⁸⁷⁹ *Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 235; *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 167.

⁸⁸⁰ *Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 239; siehe zur dualen Legitimation auch *von Achenbach*, Theoretische Aspekte des dualen Konzepts der demokratischen Legitimation in der Europäischen Union, in: Vöneký/Hagedorn/Clados/von Achenbach, Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, S. 191ff.; *Kemmerer*, Legitimationssubjekt: Staatsbürger und Unionsbürger, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 204, 205ff.; *von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 13, 64.

⁸⁸¹ *Tiedtke*, Demokratie in der Europäischen Union, S. 29ff.; *Doehring*, Demokratiedefizit in der Europäischen Union?, DVBl. 1997, S. 1133ff.

die Position des Europäischen Parlamentes zwar erheblich gestärkt.⁸⁸² Das Demokratiedefizit besteht aufgrund der unverändert starken Stellung von Rat und Kommission jedoch fort. Außerdem ist auch im Mitentscheidungsverfahren beim Europäischen Parlament weder die Wahlrechtsgleichheit nach dem Grundsatz der degressiven Proportionalität gegeben noch steht dem Parlament ein Initiativrecht zu.⁸⁸³ Des Weiteren mag das Mitentscheidungsverfahren zwar einerseits zu einer verstärkten Beteiligung des Europäischen Parlamentes führen. Andererseits resultiert daraus aber, dass die Ausübung der hoheitlichen Gewalt in der Union nicht mehr vom Konsens aller Mitgliedstaaten abhängt, sodass die Regierungsvertreter im Rat nur noch eingeschränkt demokratische Legitimation vermitteln können, da den dahinterstehenden nationalen Parlamenten konkrete Gestaltungsmöglichkeiten genommen werden.⁸⁸⁴

Wenig Beachtung in der Diskussion um das Demokratiedefizit fand bisher die Rolle des Gerichtshof, welcher sich durch die aus seinen Urteilen entstehende negative Integration als „Quasigesetzgeber“ der Europäischen Union bezeichnen lässt.⁸⁸⁵ Es lohnt sich durchaus eine nähere Betrachtung, denn direkt oder indirekt demokratisch legitimierte Gesetzgebungsorgane wie das Europäische Parlament und der Rat werden durch die Rechtserzeugung des EuGH umgangen.

2. Verminderter Einfluss der demokratisch legitimierten Rechtsetzungsorgane

a) Rechtsetzung unter Ausschluss von Rat und Europäischem Parlament

Indem der EuGH über den Wortlaut des Primär- und des Sekundärrecht hinaus rechtsfortbildend entscheidet, erfolgt Rechtsetzung in der Europäischen Union ohne Beteiligung der klassischen Rechtsetzungsorgane Rat und Europäisches Parlament. Die Rechtsfortbildung durch den EuGH korrigiert den Gemeinschaftsgesetzgeber, dessen Gesetze zwar nicht als unionsrechtswidrig eingestuft, aber anders ausgelegt werden als Wortlaut und Entstehungsgeschichte dies zum Teil erwarten ließen.⁸⁸⁶ Weder der Legitimationsstrang über die nationalen Parlamente und den Rat, noch der Legitimationsstrang der direkten Wahl des

⁸⁸² *Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 238; *Scharpf*, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Europäische Integration, S. 219, 236f.

⁸⁸³ *Calliess*, Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Bröhmer, Festschrift Ress, S. 399, 406/410/413f.; vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 9 EUV, Rn. 7.

⁸⁸⁴ *von Achenbach*, Theoretische Aspekte des dualen Konzepts der demokratischen Legitimation in der Europäischen Union, in: Vöneky/Hagedorn/Clados/von Achenbach, Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, S. 191, 207; *Calliess*, Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Bröhmer, Festschrift Ress, S. 399, 405.

⁸⁸⁵ *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 65; siehe zuletzt allerdings *Grimm*, Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung, FAZ vom 10.8.2014, S. 11ff.

⁸⁸⁶ *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185, 2189.

Europäischen Parlamentes kann diesen Vorgang legitimieren. Widersprüchlich an der Vorgehensweise des EuGH ist, dass er in seiner Rechtsprechung selbst betonte, dass „die wirksame Beteiligung des Parlaments am Gesetzgebungsverfahren (...) gemäß den im Vertrag vorgesehenen Verfahren ein wesentliches Element des (...) institutionellen Gleichgewichts darstellt“.⁸⁸⁷

Verstärkt wird dieser von der negativen Integration ausgelöste Effekt durch die schwache Ausprägung der positiven Integration. Sekundärrecht kommt oftmals mangels Kompetenzen der Union oder Problemen bei der Mehrheitsfindung nicht zustande. Die Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration führt somit zu einer Verschärfung des Demokratiedefizits in der Europäischen Union.⁸⁸⁸

Teilweise wird das Vorpreschen des EuGH trotz mangelnder Legitimation im traditionellen Sinn dadurch gerechtfertigt, dass auf diesem Wege Integrationsergebnisse erzielt werden, die durch Verhandlungen auf politischer Ebene nicht zu erreichen sind.⁸⁸⁹ Integration um jeden Preis kann jedoch nicht das Ziel der Europäischen Union sein. Die Integration darf nicht zu Lasten der Gründungswerte der Union gehen. Gemäß Art. 2 EUV zählen hierzu neben der Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschenrechte auch das Demokratieprinzip.

b) Beeinflussung der Legislative durch die Judikative

Auch wenn der EuGH die Rechtsetzungsfunktion nicht übernimmt, präformiert die Rechtsprechung zu transnationalen Integrationsnormen legislative Maßnahmen.⁸⁹⁰ Zum Beispiel fanden die Verhandlungen zur für den Tourismusbereich relevanten Dienstleistungsrichtlinie im Schatten der Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit und dem richterrechtlich geprägten Prinzip der gegenseitigen Anerkennung statt.⁸⁹¹ Letztlich blieb die Richtlinie teilweise jedoch hinter dem Status quo der Rechtsprechung zurück.⁸⁹² Trotzdem kann der EuGH durch entsprechende Interpretation der Richtlinie oder des Primärrechts, an dem die Auslegung der Richtlinie sich orientiert, die gesetzgeberische Zurückhaltung in der

⁸⁸⁷ EuGH, Rs. C-21/94, Slg. 1995, I-1845, Tz. 17 – Parlament/Rat; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, AEUV/EUV, Art. 13 EUV, Rn. 11.

⁸⁸⁸ Für den Bereich der Gesundheitspolitik *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: *Gerlinger/Mosebach/Schmucker*, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 21; siehe auch *Merkel*, Integration and democracy in the European Community: the contours of a dilemma, S. 31.

⁸⁸⁹ *Höpner/Schäfer*, Eine neue Phase der europäischen Integration, in: *Höpner/Schäfer*, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 129, 151f.; ansatzweise auch *Moravcsik*, In Defence of the „Democratic Deficit“, *JCMS* 2002, S. 603, 618.

⁸⁹⁰ *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: *Gerlinger/Mosebach/Schmucker*, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 21/22 mit Hinweis auf die Präformierung der RL über die Ausübung der Patientenrechte.

⁸⁹¹ Vgl. *Calliess*, Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie, *DVBl.* 2007, S. 336, 339ff.

⁸⁹² Siehe oben Kapitel 4, B., IV., 2., a), cc).

Dienstleistungsrichtlinie relativieren. Politischen Versuchen, durch Gesetzgebung die Liberalisierung zu limitieren, sind somit enge Grenzen gesetzt.⁸⁹³ Dies konterkariert die Position der demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgane. Ein ähnliches Bild ergibt sich bei der ebenfalls für den Tourismus relevanten Unionsbürgerrichtlinie. Auch hier war der Gerichtshof Wegbereiter der Richtlinie, indem er in seiner Rechtsprechung das in der Unionsbürgerschaft angelegte aber vom Gesetzgeber (noch) nicht umgesetzte Potential genutzt hat.⁸⁹⁴ Allerdings geht auch in diesem Fall die Rechtsprechung über die Gewährleistungen der Richtlinie hinaus. Bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten ergeben sich aus dem Aufenthaltsrecht, welches mit der Dienstleistungsfreiheit verbunden ist, weitergehende Rechte als aus dem Aufenthaltsrecht aus der Unionsbürgerrichtlinie.⁸⁹⁵

Auf diesem Wege werden relevante politische Entscheidungen dem Einwirkungsbereich existierender Legislativorgane entzogen. Dies führt zu einer Entpolitisierung der Politik. Politische Diskussionen werden durch die von der Rechtsprechung geschaffenen Fakten überrollt.⁸⁹⁶ Dabei sollte dem Recht eigentlich die Aufgabe zukommen, die Festlegungen der Politik zur Entfaltung zu bringen und einen erreichten Standard gegen desintegrative Tendenzen zu sichern. Eine überschießende Innentendenz des Rechts im Sinne eines Integrationsfortschritts alleine durch das Recht – aber ohne politische Zustimmung – ist zunächst nicht erstrebenswert. Die Brisanz des Effektes wird durch das Fehlen des möglichen Korrektivs der Öffentlichkeit auf europäischer Ebene verstärkt. Zum einen ist die Existenz einer handlungsfähigen Europäischen Öffentlichkeit zweifelhaft, zum anderen könnte sie aufgrund der Komplexität der Rechtsmaterie oftmals nicht erkennen, dass durch die Entscheidungen des EuGH ein politischer Richtungsstreit entschieden wurde.⁸⁹⁷

⁸⁹³ *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market economy“, *Socio-Economic* 2010, S. 211, 227.

⁸⁹⁴ *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, *Europarecht Beiheft* 1/2007, S. 7, 41.

⁸⁹⁵ Siehe oben unter Kapitel 4, B., IV., 3., c).

⁸⁹⁶ *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?, *EuR* 2003, S. 1013, 1028/1029; Problem der Verwirklichung des Primats der Politik; *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 705, 721; *Schmucker* spricht von einer Entpolitisierung im Gesundheitsbereich, *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, *Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt*, S. 21.

⁸⁹⁷ *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, *Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt*, S. 21/22.

3. Rechtsetzung unter Ausschluss der demokratisch legitimierten Rechtsetzungsorgane der Mitgliedstaaten

Nicht nur der Rat und das Europäische Parlament als Rechtsetzungsorgane auf europäischer Ebene werden durch die progressive Rechtsprechung des Gerichtshofs umgangen. Auch der Einfluss demokratisch legitimer nationaler Parlamente ist verringert.⁸⁹⁸

a) Bedeutungsverlust nationaler Gesetze in allen Politikbereichen

Durch die Entscheidungsgewalt des EuGH über die Vereinbarkeit einer von nationalen Parlamenten beschlossenen Regelung mit dem Binnenmarkt und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht kommt dem Gerichtshof große Machtfülle gegenüber demokratisch beschlossenen nationalen Gesetzen zu. Die nationalen Gesetze müssen sich an den vom EuGH eng ausgelegten Rechtfertigungsgründen für Eingriffe in transnationale Integrationsnormen messen lassen.⁸⁹⁹ Dies gilt nicht nur für Normen mit direktem Binnenmarktbezug, sondern durchzieht faktisch alle Regelungsbereiche, in denen grenzüberschreitende Sachverhalte denkbar sind. Wie aufgezeigt, werden auch Gesetze aus den Bereichen Strafrechtspflege, Prozessrecht, Kultur, Verbraucherschutz, Umwelt und Aufenthaltsrecht an europäischen Maßstäben gemessen. Es entsteht somit ein Konflikt zwischen der Durchsetzung transnationaler Integrationsnormen einerseits und der Entscheidungsgewalt nationaler Parlamente andererseits.⁹⁰⁰

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass viele der relevanten Urteile des EuGH, nach Vorlage durch nationale Gerichte im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens ergehen. Da die Gerichte in der strikten Gewaltenteilung der Nationalstaaten ausschließlich der Judikative zugeordnet sind, verfügen sie nicht über dasselbe Maß demokratischer Legitimation wie nationale Parlamente und können deren Funktion nicht ersetzen.

b) Bedeutungsverlust der nationalen Zustimmungsgesetze zum Vertrag

Durch den weiten Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Normen wird nicht nur die Bedeutung der konkreten an den unionsrechtlichen Normen zu messenden nationalen Gesetze verringert, sondern auch die nationalen Zustimmungsgesetze zum Primärrecht verlieren an Relevanz. Die Interpretation des Primärrechts durch den Gerichtshof geht über das ursprüngliche Verständnis zum Zeitpunkt seiner Entstehung hinaus. Das weite Verständnis

⁸⁹⁸ Siehe auch *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 226.

⁸⁹⁹ *Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 256; *Kingreen*, Grundfreiheiten und Grundrechte, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 218, 223.

⁹⁰⁰ *Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 257ff.

hätte durch erneute vertragliche Vereinbarungen mit entsprechendem Zustimmungsgesetz auf nationalstaatlicher Ebene herbeigeführt werden können. Da ein Vertragsänderungsverfahren jedoch nicht durchgeführt wurde, fehlt die durch die Zustimmung der nationalen Parlamente vermittelte demokratische Legitimation.⁹⁰¹

4. Demokratische Legitimation des Gerichtshofes

Die beschriebene Rolle des EuGH im Rechtsetzungsprozess und die Verdrängung der klassischen Rechtsetzungsorgane wirft die Frage nach der demokratischen Legitimation des Gerichtshofes auf. Zum Teil wird argumentiert, dass der Gerichtshof funktional nicht mit dem demokratischen Gestaltungsanspruch anderer Unionsorgane oder der vertragsändernden Gewalt der Mitgliedstaaten konkurriere, weil die Rechtsprechung des Gerichtshofs die Rechtsordnung lediglich abbilde.⁹⁰² Diese Auffassung verkennt jedoch, dass der EuGH die aus Primär- und Sekundärrecht bestehende Rechtsordnung nicht nur abbildet, sondern auch rechtsfortbildend in diese eingreift. Zuzustimmen ist der Auffassung jedoch insofern, als dass der Maßstab für die demokratische Rückbindung von Gerichten an den Willen des Volkes nicht derselbe ist wie bei Parlamenten.⁹⁰³ Andere Autoren halten etwaige Defizite der demokratischen Legitimation des EuGH grundsätzlich für hinnehmbar, da alle Beteiligten von der deregulierenden Wirkung der Rechtsprechung für die europäischen Volkswirtschaften profitierten.⁹⁰⁴ Dem ist entschieden zu widersprechen, denn der wirtschaftliche Erfolg einer bestimmten Vorgehensweise kann deren demokratische Defizite nicht heilen.

Demokratische Legitimation setzt sich aus der institutionellen, der personellen und der sachlich-inhaltlichen Legitimation zusammen, wobei der personellen Legitimation, also der Personalwahl die entscheidende Bedeutung zukommt.⁹⁰⁵

a) Institutionelle Legitimation des Gerichtshofes

Die institutionelle Legitimation leitet sich aus dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Union ab. Die demokratische Legitimation wird durch die Zustimmungsgesetze der

⁹⁰¹ Höreth, *Stille Revolution im Namen des Rechts?*, ZEI Discussion Paper C 78 2000, S. 43.

⁹⁰² Grosche, *Rechtsfortbildung im Unionsrecht*, S. 226.

⁹⁰³ Vgl. Dobler, *Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH*, in: Roth/Hilpold, *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, S. 509, 545.

⁹⁰⁴ Moravcsik, *In Defence of the „Democratic Deficit“*, JCMS 2002, S. 603, 618; Höpner/Schäfer, *Eine neue Phase der europäischen Integration*, in: Höpner/Schäfer, *Die politische Ökonomie der Europäischen Integration*, S. 129, 153.

⁹⁰⁵ Epping, *Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften*, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 353/355/356.

Mitgliedstaaten vermittelt.⁹⁰⁶ Die institutionelle Legitimation beruht somit auf der Zustimmung der Mitgliedstaaten zu den Gründungsverträgen.⁹⁰⁷ Um zu vermeiden, dass durch die personelle Besetzung und inhaltliche Tätigkeit des Gerichtshofes dieser im Laufe der Zeit von der Rückbindung an das Volk unabhängig wird, muss die institutionelle Legitimation durch personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation ergänzt werden.⁹⁰⁸

b) Personelle Legitimation des Gerichtshofes

Personelle Legitimation setzt voraus, dass jeder einzelne Richter auf eine ununterbrochene auf das Volk zurückführbare Legitimationskette verweisen kann.⁹⁰⁹ Die Richter des EuGH werden gemäß Art. 253 AEUV von den nationalen Regierungen in gegenseitigem Einvernehmen ernannt. Die Richter sind nach ihrer Ernennung von jeglichen Weisungen nationaler oder europäischer Institutionen unabhängig.⁹¹⁰ Das gegenseitige Einvernehmen wird durch einen uneigentlichen Ratsbeschluss mit intergouvernementalem Charakter herbeigeführt. Von dem Vetorecht einzelner Regierungen der Mitgliedstaaten gegen die Ernennung eines Richters wurde bislang kein Gebrauch gemacht.⁹¹¹ Richterwahlausschüsse oder ähnliche Verfahren zur Objektivierung der Richterbenennung gibt es auf europäischer Ebene nicht.⁹¹² Seit dem Vertrag von Lissabon werden die Personalvorschläge der Regierungen durch einen nach Art. 255 AEUV einzurichtenden Ausschuss gesichtet.⁹¹³ Die eigentliche Auswahl des Richters findet jedoch noch immer in den Mitgliedstaaten statt, sodass die personelle Legitimation über die Entscheidungshoheit dieser vermittelt werden muss.⁹¹⁴ Die Entscheidungshoheit über die Richterauswahl haben die mittelbar demokratisch legitimierten nationalen Regierungen.⁹¹⁵ Die Beteiligung der nationalen Volksvertretungen an der Auswahl des Richters ist auf mitgliedstaatlicher Ebene nur in Österreich vorgesehen. In allen anderen Mitgliedstaaten wird die Auswahl allein durch die Regierungen getroffen,

⁹⁰⁶ *Epping*, Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 353; *Everling*, Die Rolle des europäischen Gerichtshofs, in: Weidenfeld, Reform der Europäischen Union, S. 256.

⁹⁰⁷ *Scharpf*, Regieren in Europa, S. 69; *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 418.

⁹⁰⁸ *Epping*, Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 353.

⁹⁰⁹ *Epping*, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 354.

⁹¹⁰ *Höreth*, Stille Revolution im Namen des Recht?, ZEI Discussion Paper C 78 2000, S. 14.

⁹¹¹ *Siebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, S. 89.

⁹¹² *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, *JZ* 2000, S. 217, 221.

⁹¹³ *Mayer*, Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?, *AöR* 129 (2004), S. 411, 425.

⁹¹⁴ *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 73, 105; *Epping*, Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 361; *Grosche*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 226.

⁹¹⁵ *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 140.

wobei dem Parteiproporz enormer Einfluss zukommt.⁹¹⁶ Dies ist besonders bemerkenswert vor dem Hintergrund, dass der EuGH quasi als Verfassungsgericht tätig wird und die alleinige Normverwerfungskompetenz gegenüber den besser legitimierten Normen des Unionsrechts innehat.⁹¹⁷ Ein Vergleich zur Besetzung mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte verstärkt den Eindruck dieses Missverhältnisses. Über die Besetzung der Verfassungsgerichte wird nie allein durch die Regierungen, sondern stets unter maßgeblichem Einfluss der direkt demokratisch legitimierten Legislative entschieden.⁹¹⁸

Die personelle Legitimation der Richter basiert neben der Legitimationskette auch auf ihrer persönliche Unabhängigkeit und Neutralität. Die Richter werden gemäß Art. 253 AEUV für einen Turnus von sechs Jahren mit der Aussicht auf Wiederernennung berufen. Mithin besteht die Möglichkeit, dass der Wunsch nach Wiederernennung die Entscheidungspraxis der Richter beeinflusst.⁹¹⁹ Soweit dies der Fall ist, ist ein Konflikt zur richterlichen Unabhängigkeit gemäß Art. 253 AEUV immanent. Man könnte argumentieren, dass mangels Sondervoten am EuGH das Abstimmungsverhalten einzelner Richter für einen Mitgliedstaat nicht erkenntlich ist, sodass ein Zusammenhang zwischen Abstimmungsverhalten und Wiederwahl auf den ersten Blick nicht besteht. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten bei entsprechendem Interesse das Abstimmungsverhalten ihres Richters in Erfahrung bringen können.⁹²⁰ Außerdem steht die neutrale Einstellung der Richter bei Streitigkeiten mit integrationspolitischem Hintergrund in Frage. Meist handelt es sich bei den Richtern um Europarechtler, die sich mit den Integrationszielen stark identifizieren, sodass das Pendel von der unparteiischen Neutralität zur proeuropäischen Einstellung „*in dubio pro communitate*“ ausschlägt.⁹²¹

⁹¹⁶ *Epping*, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 362ff.; siehe zu den Auswahlverfahren der Mitgliedstaaten *Siebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, S. 90ff.

⁹¹⁷ *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 418.

⁹¹⁸ Die Richter des BVerfG werden gemäß Art. 94 GG aufgrund ihrer Stellung als Verfassungsrichter durch eine gesetzgebende Körperschaft gewählt; ähnliches gilt für die meisten Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten vgl. *Epping*, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 368ff.; *Doehring*, Demokratiedefizit in der Europäischen Union?, *DVBl.* 1997, S. 1133, 1135.

⁹¹⁹ *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, *JZ* 2000, S. 217, 222; *Epping*, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 373.

⁹²⁰ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 113, 157.

⁹²¹ So *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 417; *Wolf-Niedermaier*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik, S. 252; *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193, 211; *Höpner*, Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration, *Berliner Journal für Soziologie* 2011, S. 203, 205/208ff., der von einem „Pro-Europa-Drall der EuGH-Judikatur“ spricht; *Weber*, Der Transitverkehr in der Judikatur des EuGH, in: Roth/Hilpold, *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, S. 395, 418; *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 113, 124.

c) Sachlich-inhaltliche Legitimation des Gerichtshofes

Die sachlich-inhaltliche Legitimation des Gerichtshofs folgt aus der Bindung des Gerichtshofs an den demokratischen Gesetzgeber, wie in Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV angelegt.⁹²² Da der EuGH die Funktion des höchsten Gerichts mit der eines Verfassungsgerichts vereint, ist die sachlich-inhaltliche Legitimation jedoch prekär. Einerseits muss der Gerichtshof zwar nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV das Recht wahren. Andererseits ist er jedoch weder an das Sekundärrecht gebunden – im Gegenteil, er kann dieses sogar aufheben – noch an das Primärrecht, da eine Bindung daran ebenso problematisch wäre wie eine Bindung eines nationalen Verfassungsgerichts an das Verfassungsrecht.⁹²³

Weitere Aspekte der sachlich-inhaltlichen Legitimation sind die Plausibilität der Urteilsbegründungen und die – zumindest – weitgehende Übereinstimmung der Urteile mit dem verbreiteten Gerechtigkeitsgefühl der Normadressaten.⁹²⁴ Auch der Respekt eines Gerichts für die Rolle der politischen Institutionen auf den unterschiedlichen Leveln einer Mehrebenenkonstruktion kann legitimitätsstiftend sein.⁹²⁵ Wie vorstehend dargestellt, respektiert der Gerichtshof nicht immer die Entscheidungen anderer politischer Institutionen der Union sowie der Mitgliedstaaten. Sachlich-inhaltlich ist der Gerichtshof demnach nur schwach legitimiert.

5. Fazit

Im Ergebnis verstärkt die Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration das Demokratiedefizit in der Europäischen Union. Die demokratische Legitimation des EuGH wird – zumindest soweit er rechtsfortbildend als Quasigesetzgeber tätig wird – zu Recht in Frage gestellt.⁹²⁶ Die demokratische Legitimation ist aufgrund der nur abgeschwächten personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimation nicht sehr belastbar. Hinzu kommt, dass der EuGH seine Entscheidungen anders als nationale Regierungen sowie nationale und europäische Parlamente nicht direkt vor dem legitimationsstiftenden Volk verantworten muss. Seine Möglichkeiten, unpopuläre Ziele zu verfolgen, sind dadurch im Vergleich zu den Regierungen und Parlamenten der Mitgliedstaaten sowie der Union ungleich grö-

⁹²² *Epping*, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 355; *Halter/Bergmann*, Einleitung, in: *Halter/Bergmann*, *Der EuGH in der Kritik*, S. 1, 4.

⁹²³ *Halter/Bergmann*, Einleitung, in: *Halter/Bergmann*, *Der EuGH in der Kritik*, S. 1, 4.

⁹²⁴ *Höreth*, *Stille Revolution im Namen des Recht?*, *ZEI Discussion Paper C 78 2000*, S. 41.

⁹²⁵ *Helper/Slaughter*, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, *Yale Law Journal* 107 (1997), S. 273, 284.

⁹²⁶ Siehe bzgl. des Wahlverfahrens der Verfassungsrichter in Deutschland ebenso kritisch, *Ipsen*, *Richterrecht und Verfassung*, S. 203.

ber.⁹²⁷ Dieser Handlungsspielraum wird jedoch dadurch begrenzt, dass die Berechtigung eines Gerichts zur richterlichen Rechtsfortbildung nur so stark sein kann wie das Gericht im System des institutionellen Gleichgewichts einer Kontrolle unterliegt und die einzelnen Richter unmittelbar demokratisch legitimiert sind.⁹²⁸ Wie gesehen, ist vorliegend kein den EuGH kontrollierendes Element vorhanden. Auch die demokratische Legitimation des EuGH steht auf wackeligen Füßen. Für eine Rechtsfortbildung im vorgenommenen Umfang besteht somit keine Grundlage.

II. Einschränkungen des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten

Die Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration schränkt den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten so stark ein, dass die in den Verträgen vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten faktisch berührt ist.

1. Erweiterung des Handlungsspielraums durch Two-level Game

Zunächst erweitert die europäische Integration durch die Schaffung supranationaler Institutionen grundsätzlich den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten. Dies mag auf den ersten Blick verwundern, da es naheliegender erscheint, dass geteilter oder gemeinsamer Handlungsspielraum die Optionen des einzelnen Mitgliedstaates limitiert. Nach der aus der politischen Systemforschung stammenden Theorie des *Two-level Game* vermehrt die Doppelung der Entscheidungsebenen durch das Nebeneinander von Europäischer Union und Mitgliedstaaten jedoch die Handlungsoptionen der Mitgliedstaaten.⁹²⁹ So vergrößert die Mitwirkung in den Institutionen der Europäischen Union für Mitgliedstaaten die Möglichkeiten des innenpolitischen Agendasettings. Die Entscheidungsprozesse auf Europäischer Ebene führen nämlich nicht nur zu Kompromissen zwischen den Mitgliedstaaten, sondern auch zu der Möglichkeit, politische Initiativen in den Europäischen Organen zu ergreifen, die rein innerstaatlich nicht durchzusetzen gewesen wären.⁹³⁰

Geht man von diesem erweiterten Handlungsspielraum als Status quo aus, wird dieser durch das Übergewicht der negativen Integration eingeschränkt. Dies gilt sowohl für Themenbereiche, die der Europäischen Union zur Entscheidung übertragen wurden, als auch für Bereiche, in denen ein Tätigwerden der Europäischen Union nicht vorgesehen ist.

⁹²⁷ Höpner/Schäfer, Grundzüge einer politökonomischen Perspektive für die europäische Integration, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 11, 38.

⁹²⁸ Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 141.

⁹²⁹ Zur Theorie des *Two-level Games* siehe Putnam, Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-level Games, International Organization 1988, S. 427, 433.

⁹³⁰ Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 207.

Im letzteren Fall kommt es sogar zu einer gegenteiligen Entwicklung: Die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten werden weiter beschränkt.

2. Einschränkung des Handlungsspielraums bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

a) Einschränkungen aufgrund transnationaler Integrationsnormen

Durch das Verständnis der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote und die Geltung der Grundfreiheiten in allen Regelungsbereichen – unabhängig davon, ob diese der Union kompetenzrechtlich zugeordnet sind – wird nationales Recht der gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle unterworfen.⁹³¹ In diesem Kontext ist zunächst klarzustellen, dass negative Integration und die damit einhergehende Europäisierung einzelner Bereiche die formale Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und den Mitgliedstaaten nicht verändert.⁹³² Formal verbleibt die Handlungskompetenz bei den Mitgliedstaaten. Eine echte Steuerungsmöglichkeit haben sie aufgrund der Anwendung der Binnenmarktrechte jedoch nicht.⁹³³ Denn die Mitgliedstaaten sind stets an die Grundfreiheiten gebunden, auch wenn sie kulturelle, soziale oder ökologische Allgemeininteressen verfolgen.⁹³⁴ Der nationale Gesetzgeber muss daher auch bei nicht diskriminierenden Maßnahmen die Grundfreiheitsrelevanz seiner Regelung beachten.⁹³⁵ Die Unterwerfung aller mitgliedstaatlichen Regelungsgebiete unter die über die Grundfreiheiten ausgeübte Kontrolle des Gerichtshofs beschränkt somit die Wirkung der vertraglich festgehaltenen Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten und verwässert diese.⁹³⁶

Die vom Gerichtshof praktizierte Anwendung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot erzeugt einen ähnlichen Effekt für Bereiche ohne oder mit nur sehr geringem wirtschaftlichen Bezug. Das allgemeine Diskriminierungsverbot gilt zwar gemäß Art. 18 AEUV nur im Anwendungsbereich des Vertrages. Dieser ist jedoch nicht auf die der Union übertragenen Kompetenzen reduziert. Im Prinzip kann nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch die Unionsbürgerschaft

⁹³¹ Lediglich für enge Bereichsausnahmen wie die öffentliche Verwaltung besteht diese Kontrolle nicht; siehe auch *Schneider*, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJ 1996, S. 512, 515.

⁹³² So auch *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 14; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 99.

⁹³³ *Dietze*, Das Projekt Europa in der Dialektik von freiem Markt und sozialer Gerechtigkeit, S. 91.

⁹³⁴ *Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 14; *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 722.

⁹³⁵ *Schneider*, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJ 1996, S. 512, 515.

⁹³⁶ *Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 14.

in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot jeder Bereich der nationalen Politik in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen, sobald ein Unionsbürger bei der Ausübung seiner Freizügigkeit in irgendeiner Weise tangiert ist.⁹³⁷ Diese auch als akzessorische Freiheitssicherung⁹³⁸ beschriebene Rechtsprechung wird in der Rs. *Cowan* und insbesondere in der Rs. *Bickel und Franz* besonders deutlich. Auch Regelungsbereiche wie das Straf- und Strafprozessrecht, die Kernbereiche staatlicher Souveränität sind,⁹³⁹ unterliegen der unionsrechtlichen Kontrolle, da sich die Entschädigungszahlungen für Opfer nicht aufgeklärter Straftaten im Falle *Cowan* oder die Verwendung der Muttersprache vor Gericht im Falle *Bickel und Franz* nach Unionsrecht richten. Im Fall *Rottmann*, der auf den beiden Urteilen aufbaut, gilt dies sogar für das nationale Staatsangehörigkeitsrecht. Die Museumsfälle sowie die Rechtssache *Ciola* machen deutlich, dass auch die Bereiche Kultur und Tourismus durch das Unionsrecht kontrolliert werden, obwohl der Union dort ursprünglich gar keine Kompetenz und derzeit nur eine Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz zukommt. Da potentiell fast jedes Rechtsgebiet Berührungspunkte mit dem Unionsrecht aufweist, gibt es keine Rechtsgebiete mehr, die nicht auf dem Prüfstand des Unionsrechts stehen.⁹⁴⁰ Für die Mitgliedstaaten wirkt somit das materielle Unionsrecht, insbesondere die transnationalen Integrationsnormen, kompetenzbeschränkend.⁹⁴¹

Eine Beschränkung der Gesetzgebungskompetenz der kleineren Einheit durch Vorgaben der größeren Einheit ist auch in anderen föderalen Strukturen nicht ungewöhnlich. So beschränken beispielsweise in der Bundesrepublik die Grundrechte des Grundgesetzes den Handlungsspielraum der Bundesländer. Allerdings entsprechen die Grundrechte des Grundgesetzes im Wesentlichen den Grundrechten in den Landesverfassungen. Die mate-

⁹³⁷ Siehe auch *Obwexer*, Anmerkung zu Grzelczyk, EuZW 2002, S. 52, 56; *Iliopoulou/Toner*, Anmerkung zu Grzelczyk, CMLRev. 39 (2002), S. 609, 616; *Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 16.

⁹³⁸ von *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn. 41ff.; *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489, 501.

⁹³⁹ von *Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 316; zur Auswirkung auf das Strafrecht, *Satzger*, in: Sieber/Satzger/von Heinteschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, Die Europäisierung des Strafrechts, S. 251ff.

⁹⁴⁰ von *Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 317; *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489, 501; für den Gesundheitsbereich *Schmucker*, Perspektiven einer Europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 14.

⁹⁴¹ *Jarass*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 173, 194.

riellen Vorgaben des Unionsrechts, welche in den Grundfreiheiten enthalten sind, finden jedoch keine Entsprechung im Rechtskatalog der einzelnen Mitgliedstaaten.⁹⁴²

b) Einschränkungen durch Europäischen Grundrechte

Der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten wird nicht nur am Maßstab der transnationalen Integrationsnormen gemessen. Die europäischen Grundrechte verpflichten zwar nach Art. 6 EUV die Unionsorgane und sind gemäß Art. 51 Abs. 1 der Grundrechtecharta für die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung von Unionsrecht anwendbar. Der EuGH hat jedoch entschieden, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten als Schranken-Schranke an die europäischen Grundrechte gebunden sind.⁹⁴³ Über diesen Umweg sind die europäischen Grundrechte bei fast jedem nationalen Gesetzgebungs- und Verwaltungsakt indirekt anwendbar, unabhängig davon ob dieser der Durchführung des Unionsrechts dient.⁹⁴⁴ Dieser Mechanismus wird insbesondere im Urteil *Carpenter* deutlich, wonach die Mitgliedstaaten das Recht auf den Schutz der Familie nach Art. 8 EMRK beachten müssen.⁹⁴⁵ Dadurch wird auch der originär mitgliedstaatliche Zuständigkeitsbereich des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, in dem die Ausweisungsverfügung gegen Frau Carpenter erging, durch die Wirkung des Unionsrechts überlagert.⁹⁴⁶ Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass nationale Grundrechtsgarantien überformt und im Falle einer Grundrechtskollision die im nationalen Recht bewährten Lösungsmechanismen verändert werden können.⁹⁴⁷

c) Einschränkung durch Rechtsprechung zum Sekundärrecht

Nicht nur die Rechtsprechung zum Primärrecht, sondern auch die rechtsfortbildende Rechtsprechung zum Sekundärrecht bestimmt den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten. Eine extensive Auslegung von Richtlinien kann dazu führen, dass umsetzendes nationales Recht verändert werden muss. Als Beispiel sei vorliegend die Rechtsprechung zur ersten Pauschalreiserichtlinie genannt, wonach auch immaterielle Schäden zu ersetzen

⁹⁴² *Jarass*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 173, 195.

⁹⁴³ EuGH, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2951, Tz. 43 – ERT.

⁹⁴⁴ *Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 16; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 13ff.; *Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, 573.

⁹⁴⁵ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 41 – Carpenter.

⁹⁴⁶ *Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 2008, S. 190, 194.

⁹⁴⁷ Dazu kritisch *Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 2008, S. 190, 194; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 19; *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg, S. 309, 320.

sind und eine Verbesserung des Schutzes der Reisenden bei Zahlungsunfähigkeit des Veranstalters erzielt wird.⁹⁴⁸

Möchte der Mitgliedstaat den vor dem Urteil des EuGH bestehenden Status quo wieder herstellen, muss er im gesetzgebenden Organ der Europäischen Union eine Mehrheit zur Änderung des Sekundärrechts organisieren. Diese Einschränkung des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten beinhaltet eine Umkehrung der politischen Risikoverteilung. Denn normalerweise bleibt der Status quo beibehalten, wenn auf politischer Ebene keine Mehrheit zur Änderung des Rechts zustande kommt. Wird der EuGH jedoch rechtsfortbildend tätig, kehrt sich die Lastenverteilung im politischen Willensbildungsprozess um. Der Vorstoß der Rechtsprechung kann nur umgekehrt werden, wenn eine entsprechende Mehrheit im Rat zustande kommt. Ansonsten gilt die vom Gerichtshof angestoßene Änderung.⁹⁴⁹ Da die Mitgliedstaaten hier nur eine durchführende Funktion wahrnehmen und keine eigene Kompetenz haben, mag die Einschränkung des Handlungsspielraums bei den nationalen Umsetzungsvorschriften weniger gravierend sein. Allerdings steht den Mitgliedstaaten aus Subsidiaritätsgründen ein gewisser Umsetzungsspielraum zu, der durch die Rechtsprechung zum Sekundärrecht verengt wird.

3. Einschränkung des Handlungsspielraums bei mitgliedsstaatsinternen Sachverhalten

a) Harmonisierungsdruck für rein interne Sachverhalte

Die negative Integration schränkt jedoch nicht nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten ein, sondern wirkt sich auch auf rein interne Sachverhalte aus. Will der nationale Gesetzgeber den inländischen Sachverhalt nicht schlechter stellen als den grenzüberschreitenden, unterliegt er einem faktischen internen Harmonisierungsdruck.⁹⁵⁰ Dies gilt insbesondere bei Regelungen – wie den vergünstigten Museumseintrittspreisen – die nur Einwohner einer bestimmten Region bevorzugen. Der Mitgliedstaat wird zumindest auch die Regelungen für Einwohner anderer Regionen als der bevorzugten Region ändern müssen.⁹⁵¹ Zum Teil wird der Mitgliedstaat durch nationa-

⁹⁴⁸ Siehe oben unter Kapitel 3, Rechtsprechung zum Sekundärrecht.

⁹⁴⁹ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, S. 509, 532/533.

⁹⁵⁰ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 705, 712; *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193, 214/221.

⁹⁵¹ Ein Beispiel außerhalb des Tourismusbereich ist die Aufhebung des Verbots überörtlicher nationaler Anwaltssozietäten nachdem der EuGH die Vorgaben für die Tätigkeit ausländischer Rechtsanwälte in Deutschland lockerte, vgl. EuGH, Rs. 427/85, *Slg.* 1988, S. 1154ff – *Kommission/Deutschland*; siehe

le Regelungen auch gezwungen, Regelungen die aufgrund des Urteils nur noch bestimmte Inländer benachteiligen, anzupassen. In Deutschland wird in diesem Zusammenhang beispielsweise die Anwendung des Art. 3 GG diskutiert.⁹⁵²

b) Determination der Art der Beseitigung des Verstoßes durch den Gerichtshof

Des Weiteren ist hervorzuheben, dass der EuGH auch die Art und Weise der Aufhebung des Verstoßes gegen das Unionsrecht vorbestimmt. Bejaht der Gerichtshof einen Anspruch auf Gleichbehandlung, sind aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht die Vergünstigungen auch Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zu gewähren.⁹⁵³ Dadurch wird dem Mitgliedstaat die Entscheidung genommen, ob er eine Ungleichbehandlung durch Heraufgleichen oder Heruntergleichen beseitigt oder die unterschiedliche Behandlung der beiden Gruppen durch eine alternative Regelung behebt. Auch dies beschneidet die nationale rechtsetzende Gewalt in ihrem Gestaltungsspielraum.⁹⁵⁴

c) Vernachlässigung des grenzüberschreitenden Bezuges

Die Beschränkung des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten verstärkt sich weiter durch den laxen Umgang des Gerichtshofes mit dem Kriterium der Grenzüberschreitung bei der Anwendung der Grundfreiheiten und des Freizügigkeitsrechts. Durch den teilweisen Verzicht auf dieses Kriterium weitet sich der Einfluss des Unionsrechts auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte aus.⁹⁵⁵ So liegt in der Rs. *Carpenter* ein grenzüberschreitender Bezug nicht mehr – beziehungsweise nur in verschwindend geringem Maß – vor.⁹⁵⁶ In

auch *Schumann*, Die Befreiung der Rechtsanwaltschaft von obrigkeitlichen Schranken, NJW 1990, S. 2089, 2092; *Schneider*, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJ 1996, S. 512, 515.

⁹⁵² Vgl. *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ 50 (1986), S. 193, 214/221.

⁹⁵³ Vgl. EuGH, Rs. C-186/87, Slg. 1989, S. 216, 220, Tz. 11 – *Cowan*; *Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 197, 215.

⁹⁵⁴ *Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 197, 215; *Schack*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-92/92 und 326/92 – *Phil Collins*, JZ 1994, S. 144, 147.

⁹⁵⁵ Dass es bei Festhalten am grenzüberschreitenden Element zu umgekehrten Diskriminierungen kommen kann, also zu Diskriminierungen eines Teils der eigenen Staatsangehörigen gegenüber Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, muss hingenommen werden. Keinesfalls kann eine umgekehrte Diskriminierung den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen. Umgekehrte Diskriminierungen sind vielmehr im Rahmen des nationalstaatlichen Rechts zu lösen. Vgl. *Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550, 559.

⁹⁵⁶ *Mager*, Anmerkung zu *Carpenter*, JZ 2003, S. 204, 206; zustimmend *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 25, Rn. 17; *Papadileris*, Das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs, JuS 2011, S. 123, 124; *Claasen*, Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, EuR 2004, S. 416, 422; siehe auch *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: *Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias*, Festschrift Zuleeg, S. 309, 319; *Acierno*, The *Carpenter* Judgment, ELRev. 2003, S. 398, 405.

der Rs. *Zambrano* verzichtet der EuGH für Sachverhalte, die den Kernbestand der Unionsbürgerschaft betreffen, sogar vollkommen auf einen grenzüberschreitenden Bezug.⁹⁵⁷ Dieses Vorgehen widerspricht der eigentlichen Funktion der transnationalen Integrationsnormen, föderale Gefährdungslagen zu lösen, in denen ein Mitgliedstaat den Wettbewerb mit anderen durch die Bevorzugung der eigenen Staatsangehörigen beeinflusst.⁹⁵⁸ Bei rein internen Sachverhalten entstehen in der Regel solche Gefährdungen nicht. Wird das Kriterium des Grenzübertritts zu sehr aufgeweicht, schwächt dies die Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union und der EuGH entscheidet über rein innerstaatliche Sachverhalte.⁹⁵⁹ Solche Entscheidungen werden in der Literatur als *ultra vires* eingestuft.⁹⁶⁰

4. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass je weiter die Grundfreiheiten, das allgemeine Freizügigkeitsrecht und das Diskriminierungsverbot ausgedehnt werden, umso stärker sind die Mitgliedstaaten in Sachbereichen, in denen ihnen die Kompetenz verblieben ist, in ihren Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt.⁹⁶¹ Diese Einschränkung ist nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte reduziert, sondern bezieht auch rein interne Sachverhalte ein.

III. Rechtsunsicherheit

Ein weiterer Kritikpunkt an der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration ist der damit einhergehende Mangel an Rechtssicherheit. Rechtssicherheit ist Teil des Rechtsstaatsprinzips, welches gemäß Art. 2 EUV zum Wertekanon der Europäischen Union gehört. Im unionsrechtlichen Kontext gebietet die Rechtssicherheit insbesondere die Erkennbarkeit, Verlässlichkeit und Berechenbarkeit individueller Rechtsentscheidungen.⁹⁶²

Rechtsunsicherheit entsteht wegen der Überformung nationaler Rechtsordnungen durch Unionsrecht. Der EuGH kann nicht für jeden der 28 Mitgliedstaaten abschätzen, wie sich ein bestimmtes Urteil auf die jeweilige Rechtsordnung auswirkt. Es ist somit nicht ge-

⁹⁵⁷ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Tz. 42ff. – *Zambrano*.

⁹⁵⁸ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 725ff.

⁹⁵⁹ *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 7, 27; *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 658, 674.

⁹⁶⁰ *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 658, 674.

⁹⁶¹ Siehe auch *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 150.

⁹⁶² *von Arnould*, Rechtssicherheit, S. 498 ff.; *Stange*, Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauchhaftung in Europa, S. 172; *Streinz*, Rechtssicherheit als Bewährungsprobe des Verfassungsstaates, in: Blankenagel/Pernice/Schulze-Fielitz, Festschrift Häberle, S. 745, 749.

währleistet, dass sich ein Urteil in die Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaates einfügt.⁹⁶³ Die Mitgliedstaaten müssen das Unionsrecht jedoch in der Interpretation des Gerichtshofs auf andere vergleichbare Rechtsverhältnisse anwenden.⁹⁶⁴ Gerade vor dem Hintergrund der Bemühungen um eine qualitativ bessere Rechtsetzung in der Europäischen Union ist dies problematisch. Organisatorisch und personell können vom EuGH die Kernelemente einer besseren Rechtsetzung, nämlich eine ausführliche Folgenabschätzung und eine intensive Konsultation der von den Änderungen betroffenen Parteien, nicht erwartet werden.⁹⁶⁵ Dies verdeutlicht bereits ein Blick auf die finanziellen Ressourcen der Organe der Union. Im Jahr 2011 beliefen sich der Verwaltungsetat für den Gerichtshof auf 330 Mio. Euro, für den Rat auf 505 Mio. Euro, für das Europäische Parlament auf 1550 Mio. Euro und für die Kommission auf 3300 Mio. Euro.⁹⁶⁶ Nur die klassischen Rechtsetzungsgorgane verfügen damit über finanzielle Ressourcen, um eine Folgenabschätzung und/oder Konsultation durchzuführen.

Des Weiteren trägt zur Rechtsunsicherheit bei, dass die Rechtslage für den Betroffenen oftmals erst aus der Zusammenschau einer Vielzahl von Gerichtsurteilen erkennbar ist.⁹⁶⁷

Die Rechtsunsicherheit wird durch die Tatsache verstärkt, dass nicht immer berechenbar ist, in welcher Kombination der EuGH die Dienstleistungsfreiheit, das allgemeine Freizügigkeitsrecht und das allgemeine Diskriminierungsverbot anwendet. So zieht der EuGH in der Rs. *Cowan* die Dienstleistungsfreiheit zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes heran. In den ähnlich gelagerten Fällen zu vergünstigten Museumeintritten wendet der Gerichtshof hingegen die Dienstleistungsfreiheit und das allgemeine Diskriminierungsverbot parallel nebeneinander an.⁹⁶⁸ Diese Vorgehensweise erzeugt aufgrund der Unterschiede beim Schutzzumfang und den Rechtfertigungsmaßstäben beider Normen Rechtsunsicherheit.

Außerdem verschwimmen in der Rechtsprechung die Auslegungsgrenzen der Grundfreiheiten, insbesondere beim Beschränkungsverbot und dem Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs.⁹⁶⁹ Beispielsweise gilt in der Rs. *Carpenter* das Beschränkungsverbot

⁹⁶³ *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 101, 110.

⁹⁶⁴ *Pechstein*, EU-Prozessrecht, Rn. 868.

⁹⁶⁵ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 545f. Dies ändert auch nicht Art. 25 der Satzung des Gerichtshofs zur Einholung von Gutachten.

⁹⁶⁶ Vgl. Europäischer Rechnungshof, Finanzbericht über den EU-Haushalt 2011, S. 99.

⁹⁶⁷ *Krajewski*, Grenzüberschreitende Patientenmobilität in Europa zwischen negativer und positiver Integration der Gesundheitssysteme, EuR 2010, S. 165, 167.

⁹⁶⁸ Siehe oben Kapitel 3, B., I., 2., c), aa) zur Rs. *Cowan* sowie Kapitel 3, B., I., 2., d), bb) zur Rs. *Dogenpalast*.

⁹⁶⁹ *Hatzopoulos*, Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services, CMLRev. 37 (2000), S. 43, 61f.; *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 101, 106/108; *Lippert*, Der

auch für Regelungen aus dem bloßen Umfeld der Dienstleistung, die mit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung an sich nur noch in einem sehr losen Zusammenhang stehen.⁹⁷⁰ Bei anderen Sachverhalten außerhalb des Tourismusbereichs mit ähnlich schwachem Bezug zur Grundfreiheitenübung hat der EuGH hingegen eine Beschränkung verneint, da die Einwirkung auf die Grundfreiheit zu ungewiss und zu indirekt sei.⁹⁷¹ Auch methodisch erzeugt die Vorgehensweise des EuGH Rechtsunsicherheit. Der Gerichtshof verweist oftmals auf vorangegangene Entscheidungen und erweckt den Anschein, es handele sich stets um eine kohärente und stringente Rechtsprechungslinie. Der Gerichtshof vergleicht jedoch nur selten tatsächlich die aktuelle Fallkonstellation mit der des vorentschiedenen Falls.⁹⁷² So verweist er in der Rs. *Carpenter* auf die Rs. *Singh*, ein anderes Urteil zu Familienangehörigen aus Drittstaaten. Er übergeht dabei aber die Tatsache, dass anders als in der Rs. *Singh* bei *Carpenter* der grenzüberschreitende Bezug nicht gegeben ist, da die Ausweisung von Frau Carpenter die Dienstleistungserbringung gegenüber Empfängern in Großbritannien und in anderen Staaten gleichermaßen erschwert.⁹⁷³ Die Analyse der zitierten Textstelle der Vorentscheidungen ergibt, dass die vom EuGH gezogene Schlussfolgerung nicht naheliegend und schon gar nicht zwingend ist.⁹⁷⁴ Darüber hinaus lässt die Begründung der Urteile des EuGH oftmals zu wünschen übrig. Gerade wenn der Gerichtshof rechtsfortbildend entscheidet, sollten jedoch erhöhte Anforderungen an Urteilsbegründungen gestellt werden.⁹⁷⁵ Der Verweis auf vorangegangene Urteile zur Begründung einer Entscheidung vermittelt zwar den Eindruck der Einheitlichkeit, eine tatsächliche Begründung der Rechtsprechung fehlt jedoch oftmals auch in den in Bezug genommenen Urteilen.⁹⁷⁶ Die Tatsache, dass teilweise bei der gerichtshofinternen Kompromissfindung ausführliche Begründungen der Urteile ausbleiben, damit das Urteil dem Willen aller Richter entspricht, kann diese Defizite in der Urteilsbegründung nicht

grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, S. 214ff.; *Papadileris*, Das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs im Recht der Marktfreiheiten, JuS 2011, S. 123, 125; siehe zu grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen, *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 15.

⁹⁷⁰ Siehe oben Kapitel 3, B., I., 2., a), dd), ccc).

⁹⁷¹ EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-513, Tz. 25 – Graf.

⁹⁷² *von Arnould*, Rechtssicherheit, S. 507.

⁹⁷³ EuGH, Rs. C-379/90, Slg. 1992, I-4288, Tz. 9 – Singh; EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, Tz. 39 – Carpenter, siehe auch *Claasen*, Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, EuR 2004, S. 416, 422; *Toner*, Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights, Yearbook of European Law 2004, S. 275, 290.

⁹⁷⁴ *Weber*, Der Transitverkehr in der Judikatur des EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 395, 418; *Pernthaler*, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl. 2000, S. 691, 694.

⁹⁷⁵ *Dänzer-Vanotti*, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1992, S. 733, 737.

⁹⁷⁶ *Streinz*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH, ZEuS 2004, S. 387, 394; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 554.

entschuldigen.⁹⁷⁷ Dadurch entstehen Missverständnisse über Wesen und Entstehung der Entscheidung, die die Beurteilung vergleichbarer Sachverhalte weniger berechenbar macht.⁹⁷⁸

IV. Mangelnde Steuerungsmöglichkeit der Integration

Ein weiterer Kritikpunkt an der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration ist die verminderte der Steuerungsmöglichkeit der Integration.

Der Gerichtshof kann nicht aus eigener Initiative tätig werden. Ein zu entscheidender Fall gelangt nur durch Vorlage eines nationalen Gerichts oder Anklage einer Vertragsverletzung durch die Kommission zum EuGH.⁹⁷⁹ Zwar ist die Anzahl der Verfahren beim EuGH seit dessen Gründung kontinuierlich gestiegen,⁹⁸⁰ trotzdem erreichen ihn nicht alle relevanten Fragen des Unionsrechts.⁹⁸¹ Außerdem ist es dem Gerichtshof nur gestattet, rechtliche Ausführungen zu machen soweit es für den konkreten Fall erforderlich ist.⁹⁸² Dies schließt *Obiter dicta* zwar nicht aus, grundsätzlich muss sich der EuGH jedoch auf die im konkreten Fall relevanten Rechtsfragen beschränken.⁹⁸³ Dies verringert die Steuerungsmöglichkeiten negativer Integration im Vergleich zur positiven Integration und führt zu einer nur ausschnittsartigen Klärung der Rechtsverhältnisse. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und im sechsten Erwägungsgrund der Dienstleistungsrichtlinie darauf hingewiesen, dass es nicht ausreicht, Beschränkungen allein durch die Anwendung der primärrechtlichen Grundfreiheiten zu vermeiden.

Ein weiterer Aspekt der mangelnden Steuerungsmöglichkeit sind die unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Die Urteile treffen auf 28 verschiedene Rechtsordnungen, in denen sie jeweils unterschiedliche Folgen auslösen können.⁹⁸⁴ Wie bereits erwähnt, ist es dem EuGH aufgrund seiner personellen und finanziellen Ausstattung nicht möglich abzuschätzen, welche Auswirkungen seine Urteile in den verschiedenen Staaten haben.⁹⁸⁵ Weder der EuGH noch die Mitgliedstaaten können somit die Integration gezielt steuern.

⁹⁷⁷ *Streinz*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH, ZEuS 2004, S. 387, 407.

⁹⁷⁸ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 153.

⁹⁷⁹ *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 172.

⁹⁸⁰ Vgl. die Rechtsprechungsstatistiken in den auf der Webseite veröffentlichten Jahresberichten unter: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11035/rapports-annuels.

⁹⁸¹ *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RechtsZ* 50 (1986), S. 193, 208; bezüglich des Bereichs Kultur: *Ress*, Kultur und europäischer Binnenmarkt, S. 46f.

⁹⁸² *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 545.

⁹⁸³ *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 173.

⁹⁸⁴ *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 101, 122.

⁹⁸⁵ *Schmidt*, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 466.

V. Gefahr der mangelnden Akzeptanz der Urteile durch die Mitgliedstaaten

Für den Gerichtshof ist die Akzeptanz seiner Urteile von größter Bedeutung, da auf europäischer Ebene keine Vollstreckungsbehörden existieren, welche die Urteile durchsetzen. Bisher ist die progressive Rechtsprechung größtenteils widerstandslos von den Mitgliedstaaten akzeptiert worden.

1. Gründe für die Akzeptanz der Rechtsprechung durch die Mitgliedstaaten

Ein Grund für die Kooperation der Mitgliedstaaten war lange Zeit das Einstimmigkeitserfordernis für den Beschluss von Legislativakten im Ministerrat. Die Vetomöglichkeit im Ministerrat vermittelte den Mitgliedstaaten das Gefühl, den Fortgang der Integration zu kontrollieren und ihre nationalen Autonomiereserven sichern zu können.⁹⁸⁶ Außerdem konnten die Regierungen der Mitgliedstaaten auf diese Weise die Verantwortung für einige, zwar gewollte, jedoch unpopuläre Entscheidungen dem EuGH zuweisen.⁹⁸⁷ Eine weitere Erklärung ist, dass der Gerichtshof Kraft seiner Rolle als Gericht eine natürliche Autorität genießt.⁹⁸⁸ Außerdem werden nicht immer alle Mitgliedstaaten den Umfang der Konsequenzen der Rechtsprechung des EuGH erfasst haben, da der rechtliche Diskurs auf europäischer Ebene, dem die Rechtsprechung entspringt, ein anderer ist als der politische innerhalb der Mitgliedstaaten.⁹⁸⁹

Aber auch die nationalen Gerichte, welche Teil des rechtlichen Diskurses auf nationaler Ebene sind, fügten sich der Rechtsprechung des EuGH. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass nationale Gerichte jeder Ebene nationale Normen im Vorabentscheidungsverfahren überprüfen lassen können. Da sonst nationale Gesetze nur durch das jeweilige Verfassungsgericht überprüft wurden, waren die einfachen Gerichte wegen dieses Kompetenz- und Machtzuwachses⁹⁹⁰ kooperationsbereit.⁹⁹¹ Da der konkrete Rechtsstreit im Vorabentscheidungsverfahren vom EuGH an das nationale Gericht zurückverwiesen

⁹⁸⁶ Haltern, Integration durch Recht, in: Bieling/Lerch, Theorien der europäischen Integration, S. 399, 406; Höreth, Stille Revolution im Namen des Rechts?, ZEI Discussion Paper C 78 2000, S. 23; Weiler, The autonomy of the community legal order: Through the looking glass, in: Weiler, The Constitution of Europe, S. 286, 319; Wolf-Niedermaier, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik, S. 252.

⁹⁸⁷ Scharpf, Regieren in Europa, S. 65; Weiler, The autonomy of the community legal order: Through the looking glass, in: Weiler, The Constitution of Europe, S. 286, 320.

⁹⁸⁸ Höreth, Stille Revolution im Namen des Rechts?, ZEI Discussion Paper C 78 2000, S. 39.

⁹⁸⁹ Haltern, Integration durch Recht, in: Bieling/Lerch, Theorien der europäischen Integration, S. 399, 404; Höreth, Stille Revolution im Namen des Rechts?, ZEI Discussion Paper C 78 2000, S. 40.

⁹⁹⁰ Siehe Haltern, Europarecht, Bd. II, S. 71, der insbesondere den Machtzuwachs der Fachgerichte betont.

⁹⁹¹ Scharpf, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market“ economy, Socio-Economic Review 2010, S. 211, 216; Burley/Mattli, Europe Before the Court, International Organization 1993, S. 41, 63f.; Weiler, The transformation of Europe, Yale Law Journal 100 (1991), S. 2403, 2426; Martinsen/Wind, When National Courts go to Europe, in: Koch/Hagel-Sorensen/Halter/Weiler, Festschrift Rasmussen, S. 479, 490.

wird und dieses auf Grundlage des Urteils des EuGH entscheidet, wurden außerdem die bestehenden Rechtsunterwerfungsmechanismen der Mitgliedstaaten genutzt.⁹⁹²

2. Anzeichen für Beendigung der Kooperation

Es gibt jedoch Anzeichen dafür, dass viele Gründe für das kooperative Verhalten der Mitgliedstaaten wegfallen und die Akzeptanz der Rechtsprechung des EuGH schwindet. Seitdem im Rat die Mehrheitsentscheidung der Regelfall ist, haben die Mitgliedstaaten dort keine Vetomöglichkeit mehr.⁹⁹³ Ihre nationalen Autonomiereserven können sie somit weder auf legislativer Ebene noch auf judikativer Ebene wirksam verteidigen.⁹⁹⁴ Des Weiteren ist die Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Union nicht neutral, sondern folgt dem Grundsatz „*in dubio pro communitate*“.⁹⁹⁵ Auch ist die Rechtsprechung im Hinblick auf die Reichweite der Grundfreiheiten und des Freizügigkeitsrechts in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nicht von besonders großer Verständlichkeit und Logik geprägt.⁹⁹⁶

Erste Anzeichen fehlender Gefolgschaft der Mitgliedstaaten gegenüber der Rechtsprechung des EuGH waren die anfänglichen Akzeptanzprobleme hinsichtlich der Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien.⁹⁹⁷ Der ehemalige deutsche Bundespräsident *Roman Herzog* rief im Jahr 2008 sogar öffentlich dazu auf, den EuGH zu stoppen und notfalls im konkreten Fall den Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht aufzuheben.⁹⁹⁸ Auch ein ehemaliger österreichischer Bundeskanzler möchte die Rolle des Gerichtshofs überdenken, da dieser systematisch europäische Befugnisse ausweite und dadurch in Bereiche eindringe, die nationales Recht seien.⁹⁹⁹ Großbritannien veröffentlichte im Jahr 1996 ein Memorandum mit dem Vorschlag, eine korrigierende

⁹⁹² *Haltern*, Integration durch Recht, in: Bieling/Lerch, Theorien der europäischen Integration, S. 399, 405; *Weiler*, The transformation of Europe, Yale Law Journal 100 (1991), S. 2405, 2420ff.

⁹⁹³ Siehe diesbezüglich aber auch die Vorstellungen der Visegrád-Staaten von der Zukunft der EU in der sie das Erfordernis der Einstimmigkeit im Rat bei Fragestellungen von strategischem nationalem Interesse betonen, V4 Statement of the Future of Europe, Budapest, Januar 2018, abrufbar unter www.visegradgroup.eu.

⁹⁹⁴ *Haltern*, Integration durch Recht, in: Bieling/Lerch, Theorien der europäischen Integration, S. 399, 407; *Weiler*, The transformation of Europe, Yale Law Journal 100 (1991), S. 2405, 2462.

⁹⁹⁵ Vgl. *Weber*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Auflage, Art. 314 EGV, Rn. 11; *Bleckmann*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofes, EuR 1982, S. 1177, 1179; *Goll/Kenntner*, Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht?, EuZW 2002, S. 101, 105.

⁹⁹⁶ Siehe oben unter Kapitel 3, B., I., 3., e).

⁹⁹⁷ *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung II, S. 113 in Fußnote 43; *Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Legitimation, AöR 135 (2010), S. 1, 5; *Streinz*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH, ZEuS 2004, S. 387, 389.

⁹⁹⁸ *Herzog/Gerken*, Stoppt den EuGH, FAZ vom 8.9.2008, Nr. 210, S. 8; *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, NJW 2009, S. 1841.

⁹⁹⁹ Zitiert nach EU: Schlüssel sieht „einige gefährliche Entwicklungen“, Die Presse vom 30.12.2005; *Baudenbacher/Bergmann*, Der EuGH außer Kontrolle?, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 191, 194.

primärrechtliche oder sekundärrechtliche Kodifikation der Urteile des EuGH vorzunehmen. Dabei solle die Judikatur wieder an die ursprüngliche Funktion der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ beziehungsweise originär rechtsetzenden Organe angepasst werden.¹⁰⁰⁰ Auch die dänische Volkspartei forderte anlässlich der Rs. *Metock*, in dem mit dänischem Einwanderungsrecht vergleichbares irisches Einwanderungsrecht für europarechtswidrig erklärt wurde, die Urteile des EuGH zu ignorieren.¹⁰⁰¹ Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg verweigerte sogar die Berücksichtigung eines Urteils des EuGH, da der Gerichtshof seine Entscheidung nicht ausreichend begründet habe.¹⁰⁰² Zwar hat das Bundesverfassungsgericht darin einen Verstoß gegen den Anspruch auf den gesetzlichen Richter gesehen,¹⁰⁰³ jedoch zeigt die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts die Gefahr der Aufkündigung des Vertrauens- und Kooperationsverhältnisses zwischen den nationalen und den europäischen Gerichten.¹⁰⁰⁴ Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht anklingen lassen, dass es nur unter bestimmten Bedingungen weiterhin kooperiere.¹⁰⁰⁵ So sind nach dem *Maastricht*-Urteil Hoheitsakte der Europäischen Union, die Integrationsschritte umfassen, welche nicht vom nationalen Zustimmungsgesetz zum geltenden Vertrag gedeckt sind, im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich.¹⁰⁰⁶ Außerdem behält sich das Bundesverfassungsgericht die Prüfung vor, ob Rechtsakte der europäischen Organe aus den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsbefugnisse ausbrechen.¹⁰⁰⁷ Im *Lisabon*-Urteil konkretisiert es diesen Ansatz dahingehend, dass die deutsche Integrationsermächtigung unter der Bedingung stehe, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die verfassungsrechtliche Identität der Mitgliedstaaten gewahrt bleibe und die Mitgliedstaaten ihre Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht verlören.¹⁰⁰⁸ Auch in diesem Urteil reserviert sich das Bundesverfassungsgericht das Recht, Unionsrecht für in Deutschland unanwendbar zu er-

¹⁰⁰⁰ Memorandum des Vereinigten Königreichs über den Europäischen Gerichtshofs vom 23.7.1996, CONF 3883/96; zitiert nach *Hummer/Obwexer*, Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour?, EuZW 1997, S. 295, 301; siehe auch *Biering*, Has the Court of Justice ever taken Integration too far?, in: Koch/Hagel-Sorensen/Halter/Wweiler, Festschrift Rasmussen, S. 57, 73.

¹⁰⁰¹ EuGH, Rs. C-127/08, Slg. 2008, I-6241 – *Metock*; *Baudenbacher/Bergmann*, Der EuGH außer Kontrolle?, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 191, 195.

¹⁰⁰² *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 555 mit Verweis auf LAG Baden-Württemberg, 13.2.1995, 9 Sa 110/94.

¹⁰⁰³ BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 1997, Az. 1 BvR 2102/95, veröffentlicht u. a. in: NJW 1997, S. 2512.

¹⁰⁰⁴ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 555.

¹⁰⁰⁵ *Weiler*, The autonomy of the community legal order: Through the looking glass, in: Weiler, The Constitution of Europe, S. 286, 320 spricht vom Beginn eines „Cold War“ zwischen dem Verfassungsgericht und dem Gerichtshof.

¹⁰⁰⁶ BVerfGE 89, S. 155, 187ff.

¹⁰⁰⁷ BVerfGE 89, S. 155, 188; siehe auch *Weiler*, The autonomy of the community legal order: Through the looking glass, in: Weiler, The Constitution of Europe, S. 286, 288.

¹⁰⁰⁸ BVerfGE 123, S. 267, 347.

klären, sollten diese Bedingungen nicht mehr erfüllt sein.¹⁰⁰⁹ Die Anforderungen an die *ultra vires*-Kontrolle hat das Bundesverfassungsgericht später dahingehend konkretisiert, dass die Kontrolle in wechselseitiger Rücksichtnahme mit dem EuGH und der ihm vertraglich übertragenen Aufgabe stattfinden solle, die Verträge auszulegen und anzuwenden und dabei Einheit und Kohärenz des Unionsrechts zu wahren.¹⁰¹⁰ Eine Verletzung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung läge nur bei einem hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß der europäischen Organe vor.¹⁰¹¹ Im Ergebnis verneinte das Bundesverfassungsgericht das Vorliegen eines ausbrechenden Rechtsakts. Das tschechische Verfassungsgericht ist zuletzt einen Schritt weiter gegangen und hat das Urteil des EuGH in der Rs. *Landtova* als *ultra vires*-Akt eingestuft. Somit hat erstmals ein europäisches Verfassungsgericht eine Entscheidung des EuGH nicht akzeptiert und den Rechtsgehorsam gegenüber dem EuGH im konkreten Fall aufgekündigt.¹⁰¹² Ob andere Verfassungsgerichte diesem Schritt folgen, bleibt abzuwarten.

VI. Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftsverfassungsrechtlicher Wettbewerbsneutralität der Mitgliedstaaten und der Verwirklichung des Binnenmarkts

Die Asymmetrie trifft nicht alle Mitgliedstaaten mit gleicher Intensität. Durch die weite Auslegung der Grundfreiheiten und insbesondere die enge Handhabung der Rechtfertigungsgründe werden die nationalen Rechtsordnungen dahingehend überformt, dass die Verwirklichung des Binnenmarkts anderen staatlichen, nicht binnenmarktbezogenen Zielen vorgeht.¹⁰¹³ Die Grundfreiheiten bekommen in diesem Zusammenhang die Qualität eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gestaltungsprinzips.¹⁰¹⁴ Mitgliedstaaten, die ihre Wirtschaftspolitik stärker reglementieren, sind von der Diskrepanz der Integrationsmodi mithin stärker betroffen als Mitgliedstaaten mit liberalem Wirtschaftsmodell. Dies ist darauf zurückzuführen, dass in regulierten Staaten mehr Normen existieren, die potentiell

¹⁰⁰⁹ BVerfGE 123, S. 267, 354; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 32.

¹⁰¹⁰ BVerfGE 126, S. 286, 302ff.

¹⁰¹¹ BVerfGE 126, S. 286, 304.

¹⁰¹² EuGH, Rs. C-399/09, Slg. 2011, I-5573 – *Landtova*; *Faix*, Genesis eines mehrpoligen Justizkonflikts, EuGRZ 2012, S. 597ff.

¹⁰¹³ Siehe hierzu auch *Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 232f.; *Schneider*, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJ 1996, S. 512, 515; *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 722; *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, S. 236.

¹⁰¹⁴ *Seidel*, Die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Wirtschaftsverfassungsrecht der Mitgliedstaaten, in: Due/Lutter/Schwarze, Festschrift Everling, S. 1393, 1401; *Folz*, Demokratie und Integration, S. 343ff.

gegen Grundfreiheiten verstoßen.¹⁰¹⁵ Dies drängt die Mitgliedstaaten zu einer liberalen Wirtschaftsverfassung.¹⁰¹⁶

In der Bundesrepublik Deutschland ist verfassungsrechtlich kein ordnungspolitisches Gestaltungsprinzip – auch nicht die wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft – normiert.¹⁰¹⁷

Auch das Bundesverfassungsgericht betont stets die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes.¹⁰¹⁸ Mithin stehen in Deutschland – wie in den meisten anderen Mitglied-

staaten – marktschaffende und marktkorrigierende Ziele auf gleicher Hierarchieebene.¹⁰¹⁹

Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes wird zugunsten des in der Union vorherrschenden markt- und wettbewerbswirtschaftlichen Systems zurückgedrängt.¹⁰²⁰

Dies ist vor allem vor dem Hintergrund bemerkenswert, dass die Europäische Union – auch nach der Kompetenzordnung des Vertrags von Lissabon – über keine allgemeine Kompetenz zur Wirtschaftspolitik verfügt. Der neu eingeführte Art. 5 AEUV schreibt lediglich vor, dass die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik koordinieren. Zwar mildert die Bezugnahme und Befürwortung sozialer Rechte durch den EuGH in letzter Zeit das Spannungsverhältnis zwischen nationalen Zielen und marktschaffenden Normen des Unionsrechts, löst es jedoch nicht vollständig auf.¹⁰²¹ Ebenso wird sich zeigen, ob das mit dem Vertrag von Lissabon in Art. 3 Abs. 3 EUV normierte Ziel einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, in der Lage ist, dieses Spannungsverhältnis aufzulösen.¹⁰²²

¹⁰¹⁵ *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market“ economy, *Socio-Economic Review* 2010, S. 211, 236; *Höpner/Schäfer*, A New Phase of European Integration, MPIFG Discussion Paper 07/04, S. 8; *Schneider*, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJ 1996, S. 512, 515.

¹⁰¹⁶ *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market“ economy, *Socio-Economic Review* 2010, S. 211, 240f.; *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: *Höpner/Schäfer*, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 101, 123.

¹⁰¹⁷ *Seidel*, Die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Wirtschaftsverfassungsrecht der Mitgliedstaaten, in: *Due/Lutter/Schwarze*, Festschrift Everling, S. 1393, 1394.

¹⁰¹⁸ Vgl. etwa BVerfGE 4, S. 7, 17; BVerfGE 50, S. 290, 337; *Scharpf*, Negative und positive Integration, in: *Höpner/Schäfer*, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 49, 60.

¹⁰¹⁹ *Scharpf*, Negative und positive Integration, in: *Höpner/Schäfer*, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 49, 60.

¹⁰²⁰ *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, S. 26f.; *Höpner/Schäfer*, Eine neue Phase der europäischen Integration, in: *Höpner/Schäfer*, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 129, 134; *Moses*, Is Constitutional Symmetry Enough?, *JCMS* 2011, S. 823, 826; *Schneider*, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJ 1996, S. 512, 515.

¹⁰²¹ Vgl. bspw. EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305, 6320, Tz. 38 – *Carpenter* und den Verweis auf das Recht der Achtung des Familienlebens; *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: *Höpner/Schäfer*, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 89, 90.

¹⁰²² Siehe dazu *Nowak*, Wettbewerb und soziale Marktwirtschaft in den Regeln des Lissabonner Vertrags, in: *Müller-Graff/Schwarze*, Europarecht Beiheft 2/2011, S. 21, 34.

E. Fazit der kritischen Betrachtung der Asymmetrie

Die unterschiedlichen Kritikpunkte sind sowohl auf vertikaler als auch auf horizontaler Ebene angesiedelt. Die Asymmetrie betrifft auf horizontaler Ebene das institutionelle Gleichgewicht und weicht auf vertikaler Ebene das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auf. Dieser Prozess vermindert die demokratische Legitimation von zahlreichen Entscheidungen indem der Einfluss der besser demokratisch legitimierten Organe auf europäischer und nationaler Ebene abnimmt. Neben der Vertiefung des bestehenden Demokratiedefizits ist die Einengung des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten auch in Bereichen, in denen ihnen die ausschließliche Kompetenz zusteht, besonders hervorzuheben. Letzteres bedroht die Akzeptanz der Urteile des Gerichtshofs in den Mitgliedstaaten und gefährdet dadurch die Grundfeste der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft sowie die Einheitlichkeit des Unionsrechts. Ferner birgt die Rechtsetzung durch die Rechtsprechung die Gefahr von Rechtsunsicherheit und erschwert eine kohärente Steuerung des Integrationsprozesses. Zudem tritt aufgrund der Diskrepanz zwischen negativer und positiver Integration der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Wirtschaftspolitik zugunsten des Vorrangs marktschaffender Normen zurück, obwohl der Union für die Wirtschaftspolitik nach dem Vertrag von Lissabon keine Handlungskompetenz zukommt.

Kapitel 6: Abmilderung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration

Die dargestellte Kritik am Asymmetrieverhältnis wirft die Frage auf, wie dieses abgemildert werden kann. Hierfür gibt es zwei Ansatzpunkte: Einerseits die Stärkung der positiven Integration und andererseits die Begrenzung der negativen Integration.¹⁰²³

A. Stärkung der positiven Integration im Tourismusbereich

Die positive Integration, also die Ausübung wirtschaftspolitischer und regulativer Kompetenzen auf der Ebene der größeren wirtschaftlichen Einheit, kann auf verschiedene Art und Weise gestärkt werden.

Zuvorderst steht – wie durch den Vertrag von Lissabon zum Teil geschehen – die Übertragung von mehr Kompetenzen an die Europäische Union. Ferner ist die Reaktion des Vertrags- bzw. Gesetzgebers auf die Rechtsprechung des EuGH zu thematisieren. Doch nicht nur klassische Rechtsetzung auf europäischer Ebene kann positive Integration stärken. Darüber hinaus sind auch andere Methoden der Integration wie die offene Methode

¹⁰²³ Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, S. 8.

der Koordinierung einzubeziehen. Außerdem ist die Einführung einer Querschnittsklausel für den Tourismusbereich sowie die Stärkung der Rechte nationaler Parlamente bei der Rechtsetzung zu diskutieren.

I. Handlungskompetenzen als Voraussetzung der Stärkung der europäischen Legislative

Die Stärkung der Aktivitäten der europäischen Gesetzgebung fördert die positive Integration.¹⁰²⁴ Allerdings ist dies nicht bei jedem europäischen Rechtsakt in gleichem Maß der Fall, denn nur Rechtsakte, die vom Rat und Europäischen Parlament erlassen werden können das Demokratiedefizit der bestehenden Asymmetrie ändern. Sekundärrecht in Form von Empfehlungen, Beschlüssen und Stellungnahmen, an dessen Erlass nur die Kommission beteiligt ist, verstärkt hingegen die Diskrepanz zwischen den Integrationsmodi eher. Voraussetzung eines Tätigwerdens des europäischen Gesetzgebers ist eine Handlungskompetenz, da aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV alle der Union nicht übertragenen Kompetenzen bei den Mitgliedstaaten verbleiben. Allerdings kann nach der Lehre von den *implied powers* eine Kompetenz angenommen werden, wenn sie zur Erreichung der vertraglich festgelegten Ziele notwendig ist.¹⁰²⁵ Man könnte versucht sein anzunehmen, dass nach der *implied powers*-Doktrin der Union genügend Kompetenzen zur Verfügung stehen und weitere explizite Kompetenzübertragungen zur Abmilderung der Asymmetrie nicht notwendig sind. Allerdings würde ein ständiger Rückgriff auf die *implied powers* eine Vielzahl der oben genannten Kritikpunkte nicht lösen. Das Demokratiedefizit bliebe bestehen, da die nationalen Parlamente die Kompetenzen nie explizit übertragen haben. Auch die faktische Beschränkung des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten und die damit einhergehende Gefahr der mangelnden Loyalität der Mitgliedstaaten würden sich nicht ändern. Ebenfalls bestünde Rechtsunsicherheit, ob im konkreten Fall die *implied powers* zur Zielerreichung ausreichen. Aus diesem Grund ist trotz der *implied powers* die weitere Übertragung expliziter Zuständigkeiten auf die Union erstrebenswert. Dies gilt insbesondere für Bereiche, die den Binnenmarkt flankieren.¹⁰²⁶ Der Tourismusbereich ist von der negativen Integration über die Grundfreiheiten im Binnenmarktbereich und im Bereich des allgemeinen Freizügig-

¹⁰²⁴ Vgl. Calliess, Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie, DVBl. 2007, S. 336, 344; Scharpf, Regieren in Europa, S. 64.

¹⁰²⁵ Siehe EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, S. 264, Tz. 15/19ff. – AETR für die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge, soweit die Union in dem Sachbereich intern bereits zuständig ist. Haltern, Integration durch Recht, in: Bieling/Lerch, Theorien der europäischen Integration, S. 399, 403; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 1 AEUV, Rn. 13.

¹⁰²⁶ Calliess, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 233; Joerges, Markt ohne Staat? – Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik, in: Wildenmann, Staatswerdung Europas?, S. 225, 226ff.

keitsrechts besonders betroffen. Daher lag hier eine Kompetenzübertragung zur Abmilderung der Asymmetrie besonders nahe.

1. Kompetenzübertragung im Tourismusbereich durch Art. 195 AEUV

Durch den Vertrag von Lissabon wurde in Art. 195 AEUV erstmals eine eigene Kompetenz im Tourismusbereich eingeführt. Zuvor bestand in diesem Bereich mit Art. 3 lit. t EGV a.F. nur eine Aufgabenzuweisung ohne Kompetenzübertragung.

a) Handlungskompetenz der Union nach Art. 195 AEUV

Für die Beurteilung des Integrationspotentials des Titels ist dessen Gehalt zu untersuchen.

aa) Allgemeiner Handlungsspielraum der Union bei Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen

Wie sich aus Art. 2 Abs. 5 AEUV ergibt, soll die Zuständigkeit der Union im Rahmen der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz nicht an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten treten und die Union möglichst souveränitätsschonend handeln.¹⁰²⁷ Die Union kann somit die Politik nicht maßgeblich gestalten, sondern ist darauf beschränkt, zu den Maßnahmen der Mitgliedstaaten einen Beitrag zu leisten.¹⁰²⁸ Anders als bei ausschließlichen und geteilten Zuständigkeiten geht von einer Maßnahme der Union im Anwendungsbereich einer Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz keine Sperrwirkung für künftiges Handeln der Mitgliedstaaten aus.¹⁰²⁹ Des Weiteren darf die Union zwar verbindliche Rechtsakte im Tourismusbereich erlassen, eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ist jedoch ausgeschlossen (Art. 2 Abs. 5 UAbs. 2 AEUV). Paradoxerweise ergibt sich aus dem die mitgliedstaatliche Souveränität schonenden Harmonisierungsverbot, dass Art. 195 AEUV für die Auflösung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration nur bedingt brauchbar ist, da der Erlass von harmonisierendem Sekundärrecht ausgeschlossen ist und somit der positiven Integration ein wichtiges Instrument versperrt bleibt.

¹⁰²⁷ Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 6 AEUV, Rn. 4.

¹⁰²⁸ Ritzer, Europäische Kompetenzordnung, S. 172.

¹⁰²⁹ Schütze, Cooperative federalism constitutionalised: the emergence of complementary competences in the EC legal order, E.L.Rev. 2006, S. 167, 171.

bb) Konkreter Handlungsspielraum der Union innerhalb der drei Handlungsvarianten

Der Vertrag von Lissabon erläutert die Bedeutungen der Handlungsvarianten Unterstützung, Koordinierung und Ergänzung nicht. Sie sind nachfolgend daher näher zu untersuchen. Dabei wird sich herausstellen, dass eine klare Abgrenzung der drei Begriffe ohne Überschneidungen nicht möglich ist.¹⁰³⁰

Der in Art. 195 AEUV dominierende Begriff der „Ergänzung“ umfasst jedenfalls die Ergänzung konkreter mitgliedstaatlicher Handlungen auf zentraler, regionaler oder lokaler Ebene.¹⁰³¹ Da der Tourismusbereich in der Regel nicht auf zentraler Ebene – beispielsweise durch den Bund – gesteuert wird, ist insbesondere die Anknüpfung an Maßnahmen auf regionaler und lokaler Ebene relevant. Nach einer großzügigeren Auffassung umfassen Ergänzungen auch Handlungen der Union ohne dass an eine konkrete Handlung eines Mitgliedstaates angeknüpft werden muss.¹⁰³² Unionsmaßnahmen können somit Ergänzungen beinhalten, die über die Maßnahmen der Mitgliedstaaten hinaus eigene Regelungen treffen. Insofern ist eine Ergänzung begrifflich weiter als eine unterstützende oder koordinierende Maßnahme.¹⁰³³

Die Begriffe „Unterstützen“ i.S.d. Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b AEUV und „Förderung“ aus Art. 195 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV werden oftmals in Zusammenhang mit einer finanziellen Förderung verwendet.¹⁰³⁴ Zum Teil wird auch die Bereitstellung von Informationen damit assoziiert.¹⁰³⁵ Die Unterstützung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten ist unabhängig davon, ob die Zusammenarbeit institutionalisiert ist oder ohne eigene rechtliche Basis erfolgt.¹⁰³⁶ Zum Teil soll die Förderung auch die Anregung neuer bisher noch nicht bestehender nationaler Programme umfassen, solange die Union damit keine selbstständige Politikgestaltung verfolgt.¹⁰³⁷ Bedürfte es stets einer bereits vorhandenen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten, wäre das materielle Integrationspotential des Art. 195 AEUV

¹⁰³⁰ *Krebber*, Die Koordinierung als Kompetenzkategorie im EU-Verfassungsentwurf aus dogmatischer Sicht, EuGRZ 2004, S. 592, 595.

¹⁰³¹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 6 AEUV, Rn. 19.

¹⁰³² *Trüe*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, S. 279; *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 173; a.A.: *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 151 EGV, Rn. 101, 38. Ergänzungslieferung, Stand: April 2009, zum Kulturbereich, die stets eine Anknüpfung an konkrete mitgliedstaatliche Maßnahmen fordern.

¹⁰³³ *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 172.

¹⁰³⁴ *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 173; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 AEUV, Rn. 37.

¹⁰³⁵ *Jarass*, Kompetenzverteilung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 173, 183/184 zum Scheitern von Förderprogrammen wegen des Konkurrenzdrucks.

¹⁰³⁶ *Saria*, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 124.

¹⁰³⁷ *Wiesner*, Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht, S. 135 für die Sportpolitik.

gering, denn zwischen den unterschiedlichen Tourismuszielen der Mitgliedstaaten besteht starke Konkurrenz, die einer von den Mitgliedstaaten initiierten Zusammenarbeit zum Teil entgegensteht.¹⁰³⁸

Eine Koordinierungskompetenz besteht – wie oben festgestellt – im Rahmen des Art. 195 AEUV nicht ausdrücklich. Nur sofern die Union die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, insbesondere durch den Austausch bewährter Praktiken, unterstützt, wirkt sich ihre Handlungskompetenz wie eine Koordinierungskompetenz aus. Die Koordinierung nach Art. 6 AEUV ist milder als die Handlungsformen Unterstützen und Ergänzen.¹⁰³⁹ Das überwiegende Schrifttum nimmt an, dass die Koordinierung im Gegensatz zur Unterstützung und Ergänzung ein Handeln in Bezug auf alle Mitgliedstaaten voraussetzt.¹⁰⁴⁰ Da vorliegend jedoch keine „echte“ Koordinierungskompetenz vorliegt, sondern eine Kompetenz zur Unterstützung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten, die sich lediglich wie eine Koordinierung auswirken kann, ist die Union an diese Restriktion der Koordinierungskompetenz im Rahmen des Art. 195 AEUV nicht gebunden.

Ferner ist das Verhältnis des Koordinierens nach Art. 6 AEUV sowie der „Unterstützung der Zusammenarbeit“ zu einer weiteren Form der Zusammenarbeit auf europäischer Ebene, der sogenannten offenen Methode der Koordinierung, anzusprechen. Die offene Methode der Koordinierung veranlasst die Mitgliedstaaten über eine schrittweise Entwicklung und gegenseitige Anpassung ihrer nationalen Politiken in Sachbereichen, in denen die Union eigentlich keine Zuständigkeiten besitzt, zu einem gemeinsamen – koordinierten – Vorgehen.¹⁰⁴¹ Zwar ist diese Methode im Abschlussbericht der zuständigen Arbeitsgruppe im Rahmen des Verfassungskonvents exemplarisch als unterstützende Maßnahme genannt,¹⁰⁴² im Vertrag von Lissabon wurde sie jedoch nicht zentral kodifiziert,¹⁰⁴³ obwohl manche Normen aus dem dritten Teil des Vertrages Formulierungen aufweisen, die als Verkörperung der offenen Methode der Koordinierung qualifiziert werden.¹⁰⁴⁴ In

¹⁰³⁸ *Weerth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 195 AEUV Rn. 7.

¹⁰³⁹ *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 174.

¹⁰⁴⁰ *Krebber*, Die Koordinierung als Kompetenzkategorie im EU-Verfassungsentwurf aus dogmatischer Sicht, EuGRZ 2004, S. 592, 595; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 AEUV, Rn. 37.

¹⁰⁴¹ *Bodewig/Voß*, Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union, EuR 2003, S. 310, 311ff.; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 6 AEUV, Rn. 32; *de Burca*, The constitutional challenge of new governance in the European Union, E.L.Rev. 28 (2003), S. 814, 823.

¹⁰⁴² Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Ergänzende Zuständigkeiten“ vom 4.11.2002 des Verfassungskonvents, CONV 375/1/02, S. 4.

¹⁰⁴³ *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 6 AEUV, Rn. 15; *Nettesheim*, Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 2004, S. 511, 531; *Wuermeling*, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, S. 216, 224; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 6 AEUV, Rn. 5.

¹⁰⁴⁴ *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 6 AEUV, Rn. 15; *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, § 4 Rn. 30; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 110.

Art. 195 AEUV wurde diese Methode jedoch nicht kodifiziert, denn Art. 195 AEUV weicht bezüglich Inhalt und Wortlaut erheblich von den Normen ab, in denen die Methode kodifiziert wurde.¹⁰⁴⁵ Somit enthält Art. 195 AEUV keine Befugnis zum Rückgriff auf die offene Methode der Koordinierung.

cc) Beteiligung aller Mitgliedstaaten an Maßnahmen nach Art. 195 AEUV nicht erforderlich

Die Union muss nicht notwendigerweise alle Mitgliedstaaten in die Handlungen einbeziehen. Bei spezifischen Problemlagen können die Maßnahmen der Union auch lediglich auf einzelne oder eine Gruppe von Mitgliedstaaten abzielen.¹⁰⁴⁶ Dies ist im Tourismusbereich beispielsweise für Maßnahmen, die speziell auf Berg- oder Inselregionen zugeschnitten sind, denkbar, da einzelne Mitgliedstaaten aufgrund geografischer Gegebenheiten keine Regelungen zu Berg- oder Inselregionen benötigen. Andere Differenzierungsansätze wären unterschiedliche klimatische Bedingungen, die Ausprägung von ländlichen Gebieten gegenüber Städtetourismus sowie die unterschiedliche Infrastruktur, auf die der Tourismus in den verschiedenen Mitgliedstaaten aufbauen kann. Dabei haben die Mitgliedstaaten keinen Anspruch auf gleichmäßige Förderung und Ergänzung ihrer Maßnahmen. Eine willkürliche Benachteiligung einzelner mitgliedstaatlicher Projekte hat jedoch zu unterbleiben.¹⁰⁴⁷

dd) Verfolgung eigener Ziele durch die Union und/oder die Mitgliedstaaten

Fraglich ist darüber hinaus, inwiefern die Mitgliedstaaten oder die Union auf Grundlage von Art. 195 AEUV eigene Ziele mit der Tourismuspolitik verfolgen können.

Grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten in der Gestaltung ihrer Tourismuspolitik frei, da gemäß Art. 2 Abs. 5 UAbs. 1 AEUV die Zuständigkeit der Union nicht an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten tritt. Diese rechtliche Freiheit wird allerdings durch faktische Zwänge eingeschränkt. So kann die Union durch finanzielle Förderprogramme als

¹⁰⁴⁵ Vgl. den Wortlaut von Art. 168 Abs. 2 AEUV „Die Kommission kann in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten alle Initiativen ergreifen, die dieser Koordinierung förderlich sind, insbesondere Initiativen, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten“; vgl. auch Art. 156 AEUV (Sozialpolitik), Art. 173 Abs. 2 AEUV (Wettbewerbsfähigkeit) und Art. 181 Abs. 2 AEUV (Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt).

¹⁰⁴⁶ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 6 AEUV, Rn. 19; *Krebber*, Die Koordinierung als Kompetenzkategorie im EU-Verfassungsentwurf aus dogmatischer Sicht, EuGRZ 2004, S. 592, 595.

¹⁰⁴⁷ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 151 EGV, Rn. 102, 38. Ergänzungslieferung, Stand: April 2009 für den Kulturbereich.

Unterstützungsmaßnahmen indirekt die mitgliedstaatliche Politik beeinflussen.¹⁰⁴⁸ Sie kann bei der Gewährung von Finanzhilfen auch über die konkrete Verwendung der Mittel bestimmen¹⁰⁴⁹ oder die Voraussetzungen für die Mittelgewährung so gestalten, dass nur Mitgliedstaaten mit einer bestimmten Tourismuspolitik in den Genuss der Förderung kommen. Um im hart umkämpften Tourismusmarkt Wettbewerbsnachteile zu vermeiden, werden die Mitgliedstaaten versuchen, ihre nationale Politik so auszurichten, dass sie das Fördersystem der Union optimal ausnutzt.

Spiegelbildlich zur Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung der Tourismuspolitik bestimmt sich der Handlungsspielraum der Union, da sie zu einer eigenständigen Politik der Tourismusförderung nicht befugt ist. Sie muss stets die Akzessorietät zu den Maßnahmen der Mitgliedstaaten wahren und darf die Mitgliedstaaten nicht aus der Rolle des primär Verantwortlichen drängen.¹⁰⁵⁰ Eigene Ziele kann sie auf Grundlage von Art. 195 AEUV nur in sehr engem Rahmen verfolgen.¹⁰⁵¹ Dies ergibt sich auch aus einer vergleichenden Analyse der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen in anderen Politikbereichen. So hat die Union nach Art. 165 Abs. 1 und 166 Abs. 1 AEUV im Bereich der (beruflichen) Bildung die Verantwortung der Mitgliedstaaten für deren Inhalt und Gestaltung strikt zu beachten. Auch in der Gesundheitspolitik wahrt die Union nach Art. 168 Abs. 7 AEUV die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung der Politik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung. Im Bereich der Tourismusförderung gibt es keine solche Regelung, welche die Autonomie der Mitgliedstaaten ausdrücklich hervorhebt. Lediglich die allgemeine Regelung in Art. 2 Abs. 5 UAbs. 1 AEUV, wonach die Zuständigkeit der Union nicht an die Stelle der Mitgliedstaaten treten soll, sichert die Eigenständigkeit der Politik der Mitgliedstaaten. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass die Union in der Tourismuspolitik in engen Grenzen auch eigenständige Ziele verfolgen kann, solange sie dadurch die Mitgliedstaaten nicht aus der primären Verantwortung drängt.¹⁰⁵² In diesem Zusammenhang hält der Abschlussbericht der zuständigen Arbeitsgruppe des Verfassungskonvents fest, dass Union

¹⁰⁴⁸ *Kellerhals/Uebe*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 195 AEUV, Rn. 6; *Jarass*, Kompetenzverteilung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 173, 184.

¹⁰⁴⁹ Vgl. *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 151 EGV, Rn. 101, 38. Ergänzungslieferung, Stand: April 2009 zum Kulturbereich.

¹⁰⁵⁰ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 195 AEUV, Rn. 15.

¹⁰⁵¹ *Wiesner*, Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht, S. 135 (für den Bereich Sport); *Hochbaum*, Der Begriff der Kultur im Maastrichter und Amsterdamer Vertrag, BayVBl. 1997, S. 680, 681ff. bzgl. Kulturpolitik; a. A.: *Basedow*, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: Due/Lutter/Schwarze, FS Everling, S. 49, 61 wonach der Union jede eigenständige Vervollständigung nationaler Politiken innerhalb der ergänzenden und unterstützenden Tätigkeit untersagt ist.

¹⁰⁵² *Wiesner*, Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht, S. 135 (für den Bereich Sport); *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 151 EGV, Rn. 109, 38. Ergänzungslieferung, Stand: April 2009 (für Kulturpolitik).

und Mitgliedstaaten ein gemeinsames Interesse an der Vornahme der Handlung haben müssen.¹⁰⁵³ Dies entspricht auch dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV, wonach die Union die Politik der Mitgliedstaaten bei Erfüllung der sich aus dem Vertrag ergebenden Aufgaben achtet und unterstützt.

ee) **Materieller Betätigungsbereich der Union**

Um das Potential von Art. 195 AEUV für die positive Integration bewerten zu können, ist der materielle Betätigungsbereich zu bestimmen, welcher sich der Union durch die Tourismuskompetenz eröffnet. Gemäß dem Wortlaut von Art. 195 AEUV sind die Maßnahmen der Mitgliedstaaten „insbesondere durch die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen“ zu ergänzen. Dazu soll die Union gemäß Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a AEUV die Schaffung eines günstigen Umfelds für die Entwicklung der Unternehmen anregen und nach lit. b die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten insbesondere durch den Austausch bewährter Praktiken unterstützen.

Zum Teil wird der überwiegende Zweck von Art. 195 AEUV in der Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Vornahme von Finanztransfers innerhalb der Europäischen Union gesehen.¹⁰⁵⁴ *Saria* geht davon aus, dass sich der Anwendungsbereich des Art. 195 AEUV wegen des Beispiels der „Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen“ auf die Regelung wirtschaftlicher Aspekte des Tourismus beschränke. Es seien nur Maßnahmen zulässig, die zur Erleichterung der wirtschaftlichen Aktivitäten der Tourismusunternehmen führen.¹⁰⁵⁵ Andere Autoren weisen richtigerweise darauf hin, dass aufgrund des Wortes „insbesondere“ die europäische Tourismuspolitik nicht auf die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen beschränkt ist, sondern auch andere Maßnahmen ergriffen werden können.¹⁰⁵⁶ Hierfür spricht auch die Verwendung des Terminus „günstiges Umfeld“ in Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a AEUV. Diese Formulierung entspricht dem Wortlaut von Art. 173 Abs. 1 AEUV für die Industriepolitik, als deren Unterkategorie die Tourismuspolitik oftmals eingeordnet wird.¹⁰⁵⁷ Das zu begünstigende Umfeld umfasst bei der Industriepolitik jedoch nicht nur wirtschaftliche Aspekte, sondern auch den rechtlichen

¹⁰⁵³ Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Ergänzende Zuständigkeiten“ des Verfassungskonvents vom 4.11.2002, CONV 375/1/02, S. 3.

¹⁰⁵⁴ *Saria*, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 117; *Wuermeling*, Kalamität Kompetenz, Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, S. 216, 218.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Saria*, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 123/124.

¹⁰⁵⁶ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4871.

¹⁰⁵⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 195 AEUV, Rn. 7; *Kellerhals/Uebe*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 195 AEUV, Rn. 7.

und sozialen Rahmen, in welchem Unternehmen ihre Tätigkeit entfalten.¹⁰⁵⁸ Auch aus der Unterstützung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten durch den Austausch bewährter Praktiken lässt sich keine Beschränkung auf wirtschaftliche Sachverhalte herauslesen. Im Ergebnis lassen sich somit auch Regelungen über wirtschaftsfremde Sachverhalte auf Art. 195 AEUV stützen.

Auffallend ist jedoch, dass die Tourismuskompetenz an die Tourismusunternehmen anknüpft und zumindest keine ausdrückliche Regelungskompetenz umfasst, welche die Touristen als Individuum zum Bezugspunkt hat. Die negative Integration im Tourismusbereich knüpft demgegenüber beim Touristen als Individuum an. Denn die negative Integration beruht überwiegend auf Fällen, die anlässlich der Reisetätigkeit einzelner Touristen entschieden wurden. Trotz dieser unterschiedlichen Anknüpfungspunkte lässt sich Art. 195 AEUV inhaltlich zur Abmilderung der Asymmetrie heranziehen. Denn der Empfang von Dienstleistungen durch einzelne Reisende spiegelt sich in der Erbringung der Dienstleistung durch ein Unternehmen der Tourismusbranche wider. In den Fällen *Ciola* und *Dogenpalast*, bei denen der EuGH die passive Dienstleistungsfreiheit des individuellen Empfängers anwendet, wäre beispielsweise auch eine Regelung denkbar, die positiv-rechtlich bei den Unternehmen der Tourismusbranche ansetzt.

Trotz dieses durchaus vorhandenen Potentials zur Abmilderung der Diskrepanz zwischen negativer und positiver Integration können eine Vielzahl der im dritten Kapitel besprochenen Fälle der negativen Integration auf Grundlage von Art. 195 AEUV nicht positiv verrechtlicht werden, da kein unmittelbarer Zusammenhang zu den in Art. 195 AEUV genannten Maßnahmen besteht. Dies gilt zum Beispiel für die bedeutenden Fälle *Luisi und Carbone*, *Bickel und Franz* sowie *Cowan*, bei denen jeweils der Tourist als Einzelperson im Vordergrund steht.

ff) Adressaten des Art. 195 AEUV

Art. 195 AEUV richtet sich als Unionskompetenz klassischerweise an die Organe der Europäischen Union. Daneben sind aber auch die Mitgliedstaaten an Art. 195 AEUV gebunden. Die Pflicht der Mitgliedstaaten zum Tätigwerden im Bereich der Tourismusförderung ist von der Mitwirkungspflicht bei gemeinsamen Maßnahmen von Union und Mitgliedstaaten zu unterscheiden. Die Mitwirkungspflicht der Mitgliedstaaten beruht auf dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV. Zur Mitwirkungspflicht bei gemeinsamen Maßnahmen hat der EuGH in der Rs. *Erasmus* zur Bildungspolitik entschieden, dass durch den Erlass von Rechtsakten, die gemeinschaftliche Aktionen vorse-

¹⁰⁵⁸ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 173 AEUV, Rn. 19ff.

hen, den Mitgliedstaaten Mitwirkungspflichten auferlegt werden können.¹⁰⁵⁹ Dies gelte insbesondere für die Schaffung leistungsfähiger Verwaltungsstrukturen und die Umsetzung von Fördermaßnahmen.¹⁰⁶⁰ Diese Entscheidung ist auf den Bereich der Tourismusförderung zu übertragen, da sowohl die Bildungspolitik als auch die Tourismuspolitik den Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen zugeordnet sind. Mithin haben die Mitgliedstaaten im Rahmen des Art. 195 AEUV eine Mitwirkungspflicht.

b) Formeller Gehalt des Art. 195 AEUV

aa) Handlungsformen zum Tätigwerden

Das Integrationspotential von Art. 195 AEUV hängt auch von den Handlungsformen ab, die der Union zum Tätigwerden zur Verfügung stehen. Laut Art. 6 Abs. 5 UAbs. 2 AEUV sind im Rahmen der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen verbindliche Rechtsakte möglich. Der Union stehen somit grundsätzlich alle in Art. 288 AEUV genannten Handlungsformen zur Verfügung. Bei der Vergabe finanzieller Förderungen schreibt das Haushaltsrecht der Union verbindliche Rechtsakte in Form von Verordnungen oder Beschlüssen vor.¹⁰⁶¹ Die Ausgabe von Unionsmitteln setzt den Erlass eines entsprechenden Basisrechtsaktes zur Bewilligung dieser Mittel voraus.¹⁰⁶² Neben den Handlungsformen aus Art. 288 AEUV kann die Union auf faktische Fördermaßnahmen, Vergabe von Pilotprojekten, Aktionsprogramme oder die Koordinierung der Zusammenarbeit der Verwaltungen zurückgreifen.¹⁰⁶³ Wie bereits dargestellt ist die offene Methode der Koordinierung von der Befugnissnorm des Art. 195 AEUV nicht umfasst.¹⁰⁶⁴

Außerdem ist das für die Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz gemäß Art. 2 Abs. 5 UAbs. 2 AEUV geltende Harmonisierungsverbot zu beachten, welches in Art. 195 Abs. 2 AEUV für den Tourismusbereich wiederholt wird. Das Harmonisierungsverbot soll vermeiden, dass die Rechtsangleichung die Mitgliedstaaten in ihrer Gesetzgebungssouveränität einschränkt.¹⁰⁶⁵ Fraglich ist, wie dieses Harmonisierungsverbot auszulegen ist und ob positive Integration unter Beachtung des Verbots überhaupt

¹⁰⁵⁹ EuGH, Rs. C-242/87, Slg. 1989, I-1425, Tz. 11 – Erasmus.

¹⁰⁶⁰ *Wiesner*, Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht, S. 137.

¹⁰⁶¹ Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Ergänzende Zuständigkeiten“ vom 4.11.2002 des Verfassungskonvents, CONV 375/1/02, S. 4.

¹⁰⁶² EuGH, Rs. C-106/96, Slg. 1998, I-2745, Tz. 22ff. – Vereinigtes Königreich Großbritannien/Kommission.

¹⁰⁶³ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4880; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 AEUV, Rn. 37; vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Ergänzende Zuständigkeiten“ vom 4.11.2002 des Verfassungskonvents, CONV 375/1/02, S. 4.

¹⁰⁶⁴ Siehe oben unter Kapitel 6, A., I., 1., a), bb).

¹⁰⁶⁵ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 167 AEUV, Rn. 181 zum Harmonisierungsverbot im Kulturbereich.

möglich ist. Zum Teil wird angenommen, dass aufgrund des Harmonisierungsverbots der Erlass von Richtlinien ausgeschlossen sei.¹⁰⁶⁶ Andere gehen weiter und halten nicht nur Richtlinien, sondern auch Beschlüsse für unzulässig, welche die Mitgliedstaaten unmittelbar zur Änderung ihrer Regelungen veranlassen.¹⁰⁶⁷ Zustimmung verdient eine dritte Auffassung, nach welcher der Union grundsätzlich alle Handlungsformen des Art. 288 AEUV zur Verfügung stehen.¹⁰⁶⁸ Dafür spricht der Hinweis auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren in Art. 195 Abs. 2 AEUV, welcher obsolet wäre, wenn Richtlinien und Verordnungen nicht zulässig wären.¹⁰⁶⁹ Freilich muss die Union auch beim Erlass von Richtlinien das Harmonisierungsverbot beachten, sodass die Union im Ergebnis wohl nicht auf diese Rechtsform zurückgreifen wird.

Trotz der Existenz des Harmonisierungsverbotes kommt es faktisch zu einer Harmonisierung, indem die Mitgliedstaaten ihr Recht freiwillig an die Kriterien für die Inanspruchnahme europäischer Fördermittel anpassen.¹⁰⁷⁰ Diese Form der mittelbaren Harmonisierung ist im Schrifttum wegen der Gefahr der Umgehung des Harmonisierungsverbots nicht ohne Kritik geblieben.¹⁰⁷¹ Die mittelbare Harmonisierung steht jedoch nicht im Widerspruch zu dem Harmonisierungsverbot aus Art. 195 Abs. 2 AEUV, da es die freie Entscheidung der Mitgliedstaaten ist, das nationale Recht entsprechend den Förderungskriterien anzupassen.¹⁰⁷²

bb) Rechtsetzungsverfahren

Gemäß Art. 195 Abs. 2 AEUV kann die Union auf Grundlage des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens spezifische Maßnahmen zur Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten ergreifen. Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ist in Art. 289 Abs. 1 i. V. m. Art. 294 AEUV geregelt und entspricht dem mit dem Vertrag von Maastricht eingeführten Mitentscheidungsverfahren. Das Verfahren wird durch einen Initiativvorschlag der Kommission eröffnet und erfordert einen inhaltlichen Konsens zwischen Europäischem Parlament und Rat über den Rechtsakt.¹⁰⁷³ Der Rat kann den zukünftigen Rechtsakt mit qualifi-

¹⁰⁶⁶ *Lenski*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 2 AEUV, Rn. 14; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 195 AEUV, Rn. 16.

¹⁰⁶⁷ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 195 AEUV, Rn. 16.

¹⁰⁶⁸ *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 195 AEUV, Rn. 9; *Kellerhals/Uebe*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 195 AEUV, Rn. 8; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4880.

¹⁰⁶⁹ *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 195 AEUV, Rn. 9.

¹⁰⁷⁰ *Trüe*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, S. 279; *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 176.

¹⁰⁷¹ *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 177; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 149 AEUV, Rn. 4 zur mittelbaren Harmonisierung im Rahmen der Beschäftigungspolitik.

¹⁰⁷² *Trüe*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, S. 285; *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 176.

¹⁰⁷³ Vgl. *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 294 AEUV, Rn. 5.

zierter Mehrheit gemäß Art. 16 Abs. 3 EUV beschließen. Die Einführung der qualifizierten Mehrheit im Rat ist ein bedeutender Unterschied gegenüber dem Vertrag von Nizza, nach welchem für den Erlass tourismusbezogener Rechtsakte im Verfahren nach der Flexibilitätsklausel Einstimmigkeit erforderlich war.

Neben dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren kann die Kommission in Gesetzgebungsakten gemäß Art. 290 AEUV ermächtigt werden, Durchführungsmaßnahmen zu erlassen.

c) **Fazit**

Auch wenn im Detail Unklarheiten hinsichtlich der Reichweite und der zulässigen Handlungsformen bestehen, trägt die Einführung des Art. 195 AEUV im Vertrag von Lissabon dem Ziel nach mehr Transparenz in der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union durchaus Rechnung. Dies gilt allerdings nur, wenn diejenige Auslegungsvariante gewählt wird, die dem Gesetzgeber der Union tatsächliche Handlungsbefugnisse einräumt. Insbesondere die Tatsache, dass die Union rechtsverbindliche – wenn auch nicht harmonisierende – Maßnahmen erlassen darf, erweitert ihren Handlungsspielraum in der Tourismuspolitik. Auch das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit dem Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit statt Einstimmigkeit erleichtert die Rechtsetzung im Tourismusbereich. Allerdings waren in der Vergangenheit viele der Maßnahmen, die auf der Flexibilitätsklausel basierten, keine Ratshandlungen, sondern Mitteilungen der Kommission. Die Abschwächung der Mehrheitserfordernisse im Rat von der Einstimmigkeit zur qualifizierten Mehrheit wirken sich deshalb nicht in dem Maße aus, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass unter der Voraussetzung einer weiten, also den legitimierten Rechtsetzungsorganen der Union viele Befugnisse einräumenden, Auslegung die Kompetenz in Art. 195 AEUV zumindest eine erste Grundlage für die Stärkung der positiven Integration bietet. Für ein umfassendes europäisches Reiserecht entsprechend der in diesem Bereich erfolgten negativen Integration reicht Art. 195 AEUV jedoch nicht aus.¹⁰⁷⁴

2. Fruchtbarmachung der Kompetenzen in angrenzenden Bereichen für die Ziele der europäischen Tourismuspolitik

Wegen des begrenzten Integrationspotenzials der Kompetenz in Art. 195 AEUV, ist zu untersuchen, ob Kompetenzen in angrenzenden Bereichen für die Förderung der positiven

¹⁰⁷⁴ *Saria*, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 116ff.

Integration im Tourismusbereich fruchtbar gemacht werden können. Wie dargestellt handelt es sich beim Tourismusbereich um eine Querschnittsmaterie,¹⁰⁷⁵ sodass Kompetenzen aus den angrenzenden Bereichen als Basis für Rechtsakte in Frage kommen. Die Union verfügt in den angrenzenden Materien Binnenmarkt, Umwelt, Verkehr, Verbraucherschutz, in bestimmten Teilen der Sozialpolitik sowie im Bereich des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts über eine geteilte Kompetenz (Art. 4 Abs. 2 lit. a bis c sowie lit. e bis g AEUV). In den Materien Industrie- und Kulturpolitik verfügt sie über eine Unterstützungs-, Ergänzungs- und Koordinierungskompetenz (Art. 6 lit. b und c AEUV). Bei der Ausübung der geteilten Zuständigkeiten in den angrenzenden Bereichen gilt es sicherzustellen, dass das Harmonisierungsverbot aus Art. 195 Abs. 2 AEUV nicht umgangen wird. Dem Rückgriff auf die Kompetenznormen in den angrenzenden Bereichen sind durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und die bewusste Beschränkung der Tourismuskompetenz durch die Mitgliedstaaten im Vertrag von Lissabon feste Grenzen gesetzt. Der Gebrauch der Kompetenzen in den angrenzenden Materien zur Stärkung der positiven Integration ist mit den Grenzen der Kompetenz nach Art. 195 AEUV, welche nicht durch Gesetzgebungstätigkeit der Unionsorgane in anderen Bereichen ausgehebelt werden sollen, in Einklang zu bringen. Eine Verwässerung des Kompetenzkatalogs des Vertrages von Lissabon, der die Kompetenzabgrenzung zwischen Mitgliedstaaten und Union verbessert,¹⁰⁷⁶ ist zu vermeiden. Auch müssen bei Maßnahmen in angrenzenden Bereichen die Ziele der Tourismuspolitik beachtet und die Kohärenz der Maßnahmen gewährleistet sein. Im Kultur- und Industriebereich wird die Beachtung der jeweiligen Ziele beispielsweise über eine Querschnittsklausel im Vertrag sichergestellt.¹⁰⁷⁷

a) Binnenmarktkompetenz in Art. 114 AEUV

Wegen des engen Bezuges des Tourismusbereichs zum Binnenmarkt bietet sich ein Rückgriff auf die Kompetenz zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten mit dem Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes in Art. 114 AEUV an, um die positive Integration mit indirekten Auswirkungen auf den Tourismussektor zu begünstigen. In der Vergangenheit wurden beide Pauschalreiserichtlinien und die Time-Sharing-Richtlinie auf die Binnenmarktkompetenz gestützt. Wegen der Gefahr der Umgehung des Harmonisierungsverbots in Art. 195 Abs. 2 AEUV besteht allerdings ein gewisses Spannungsverhältnis.

¹⁰⁷⁵ Siehe oben Kapitel 2, B., III.

¹⁰⁷⁶ Siehe dazu *Nettesheim*, Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 2004, S. 511, 526ff.

¹⁰⁷⁷ Vgl. für den Kulturbereich *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 167 AEUV, Rn. 148ff; für den Industriebereich *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 173 AEUV, Rn. 27ff.

nis zu diesem Verbot.¹⁰⁷⁸ Zum Teil wird dieses durch den Ausschluss des Rückgriffs auf die Binnenmarktkompetenz in Bereichen, in denen ein Harmonisierungsverbot besteht, gelöst.¹⁰⁷⁹ In diese Richtung ging auch ein Vorschlag der CDU/CSU beim Verfassungskonvent, nach welchem durch eine Art Konkurrenzklausele den sachgebietsbezogenen Spezi-
 alnormen Vorrang vor der horizontal wirkenden Binnenmarktklausele eingeräumt werden sollte.¹⁰⁸⁰ Ein anderer Teil der Literatur sowie der EuGH vertreten hingegen, dass lediglich die Harmonisierungsverbote in anderen Sachbereichen durch den Rückgriff auf Kompetenzgrundlagen des Binnenmarkts nicht umgangen werden dürfen.¹⁰⁸¹ Dies konkretisiert der EuGH im zweiten *Tabakwerbeurteil* dahingehend, dass die Union über die Rechtsetzung nach Art. 114 AEUV auch Ziele aus anderen Bereichen verfolgen darf, soweit hierfür eine Unionskompetenz besteht und der Rechtsakt tatsächlich dem Zweck dient, das Er-
 richten und Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.¹⁰⁸² Daran orientiert sich auch der Abschlussbericht der zuständigen Arbeitsgruppe im Konvent, wonach eine Harmonisierung in einem Bereich, der eigentlich einem Harmonisierungsverbot unterliegt, nur dann auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden darf, wenn „sich die wichtigsten Ziele, Inhalte und beabsichtigten Wirkungen dieser Maßnahmen auf den Binnenmarkt be-
 ziehen“.¹⁰⁸³ Ist die Maßnahme hingegen spezifisch auf die Schaffung eines günstigen Umfelds, die Förderung von Unternehmen oder die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Tourismussektor gerichtet, ginge Art. 195 AEUV als *lex specialis* der Binnenmarktkompetenz vor.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁷⁸ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 195 AEUV Rn. 11; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Die Verfassung der Europäischen Union, Art. I-12, Rn. 33ff.; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 AEUV, Rn. 35; siehe dazu auch *Saria*, Primärrechtliche Grundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: *Keiler/Stangl/Pezenka*, Reiserecht, S. 103, 111f.

¹⁰⁷⁹ *Burley/Mattli*, Europe before the Court, International Organization 1993, S. 41, 74; wohl auch *Schröder*, Vertikale Kompetenzverteilung und Subsidiarität im Konventsentwurf für eine europäische Verfassung, JZ 2004, S. 8, 10.

¹⁰⁸⁰ Vorschläge der CDU/CSU für einen Europäischen Verfassungsvertrag vom 1.4.2003, CONV 616/03, S. 9; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-12, Rn. 33; kritisch zur Regelung der Binnenmarktkompetenz *Eilmannsberger*, Vertikale Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, in: *Hummer/Obwexer*, Der Vertrag von Lissabon, S. 189, 200.

¹⁰⁸¹ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 1998, I-8498, Tz. 78 – Tabakwerbung I; *Ludwigs*, Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa, ZEuS 2004, S. 211, 239; *Calliess*, Nach dem „Tabakwerbung-Urteil“ des EuGH, Jura 2001, S. 694ff.; *Trübe*, Das System der EU-Kompetenzen vor und nach dem Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrages, ZaöRV 64 (2004), S. 391, 419.

¹⁰⁸² EuGH, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11631, Tz. 80 – Tabakwerbung II; siehe dazu auch *Stein*, Gescheiterte Klage Deutschlands gegen Tabakwerberichtlinie, EuZW 2007, S. 46, 56ff.

¹⁰⁸³ Schlussbericht der Arbeitsgruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“ vom 4.11.2002, CONV 375/1/02 REV 1, S. 12; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, Art. I-12, Rn. 33.

¹⁰⁸⁴ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 195 AEUV, Rn. 12.

b) Kompetenzgrundlagen zur Dienstleistungsfreiheit

Zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit steht der Union eine Ermächtigung zur Liberalisierung in Art. 59 AEUV sowie eine Ermächtigung zur Harmonisierung in Art. 62 i.V.m. Art. 52 bzw. 53 AEUV zur Verfügung. Diese Ermächtigungsgrundlagen gehen der Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV vor¹⁰⁸⁵ und dienen der Beseitigung von Beschränkungen durch sekundäres Gemeinschaftsrecht.¹⁰⁸⁶ Die Ermächtigungen könnten zur positiven Integration beitragen, da durch sie die Legislativorgane spiegelbildlich zur Rechtsprechung des EuGH am Rechtsetzungsprozess zur Dienstleistungsfreiheit beteiligt werden.¹⁰⁸⁷

Konkret sind auf Grundlage von Art. 59 AEUV Richtlinien zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung denkbar. Für fach- oder bereichsübergreifende Regelungen dient Art. 59 AEUV hingegen nicht als Grundlage.¹⁰⁸⁸ Die Norm lässt sich somit in der Querschnittsmaterie Tourismus nicht zielführend einsetzen.

Nach Art. 62 AEUV i. V. m. Art. 52 Abs. 2 AEUV können Richtlinien für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, erlassen werden. Aufgrund des Wortlautes „Sonderregelungen für Ausländer“ ist Art. 52 Abs. 1 AEUV – und dementsprechend auch dessen Abs. 2 – nicht auf ausländerpolizeiliche Regelungen beschränkt, sondern umfasst auch andere Regelungen für Ausländer.¹⁰⁸⁹ Nicht zuletzt wurde die Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG unter anderem auf diese Kompetenz gestützt. Wie dargestellt gewährt der Gerichtshof jedoch zu Lasten des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten zum Teil mehr Rechte als die Unionsbürgerrichtlinie, sodass eine erneute sekundärrechtliche Regelung wünschenswert wäre. Allerdings sind nach Art. 52 Abs. 2 AEUV nur Richtlinien zulässig, die – zumindest sobald sie primär den Tourismusbereich betreffen – mit dem Harmonisierungsverbot nach Art. 195 Abs. 2 AEUV kollidieren würden.

Des Weiteren ermöglicht Art. 62 AEUV i. V. m. Art. 53 Abs. 1 AEUV den Erlass von Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen sowie für die Koordinierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten. Zwar werden Richtlinien grundsätzlich mit Rechtsharmonisierung gleichgesetzt, im Fall der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen geht

¹⁰⁸⁵ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 59 AEUV, Rn. 7.

¹⁰⁸⁶ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 59 AEUV, Rn. 1.

¹⁰⁸⁷ Vgl. zumindest im Ansatz Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 59 AEUV, Rn. 2.

¹⁰⁸⁸ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 59 AEUV, Rn. 3; Saria, Primärrechtliche Grundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 105.

¹⁰⁸⁹ Schneider, Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag, S. 36.

mit der Richtlinie jedoch keine Rechtsangleichung einher. Vielmehr gestattet der Aufnahmezustaat, dass die vom Herkunftsstaat erteilten Befähigungsnachweise an die Stelle der eigenen Nachweise treten.¹⁰⁹⁰ So wurde im Tourismusbereich zum Beispiel nach der Rechtsprechung in den Fremdenführerfällen die Anerkennung der Befähigungsnachweise für Fremdenführer durch eine solche Richtlinie geregelt.¹⁰⁹¹ Der Begriff der Koordinierung in Art. 53 AEUV ist hingegen nicht im Sinne von Art. 6 AEUV, sondern als Synonym zum Begriff der Rechtsangleichung zu verstehen,¹⁰⁹² sodass Regelungen zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten im Tourismusbereich aufgrund des Harmonisierungsverbotes nur entsprechend der im Zusammenhang mit Art. 114 AEUV dargestellten Grenzen auf Art. 53 AEUV basieren können.

c) Kompetenz aus dem Bereich des Verkehrs

Im Verkehrsbereich besteht nach Art. 4 AEUV eine geteilte Zuständigkeit, welche durch Art. 91 AEUV konkretisiert ist. Wie oben in Kapitel 4 beschrieben, wurde diese Kompetenz für die Liberalisierung des Verkehrs bei den Verkehrsträgern Luft, Schifffahrt, Straße und Schiene bereits in Anspruch genommen. Auch die ausführlichen Regelungen zu den Passagierrechten, die gleichzeitig dem Verbraucherschutz dienen, beruhen auf dieser Ermächtigungsgrundlage. Durch das Sekundärrecht, welches neben dem Verkehr auch den Verbraucherschutz betrifft, wurde die Kompetenz der Union im Verkehrsbereich bereits großzügig ausgefüllt.¹⁰⁹³ Darüber hinaus kann die Kompetenz in Art. 91 AEUV über die bereits ergangenen Maßnahmen hinaus keine Grundlage für den Erlass von Regelungen im Tourismusbereich sein, da sie auf Regelungen zur Beförderung von Touristen und deren Gepäck beschränkt ist.¹⁰⁹⁴

d) Kompetenzen aus dem Bereich des Verbraucherschutzes

Im Bereich des Verbraucherschutzes steht der Union nach Art. 4 AEUV eine geteilte und in Art. 169 AEUV konkretisierte Zuständigkeit zu. Die Regelung in Art. 169 Abs. 2 AEUV verweist in lit. a auf Maßnahmen, die im Rahmen des Art. 114 AEUV erlassen

¹⁰⁹⁰ Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 53 AEUV, Rn. 3.

¹⁰⁹¹ RL 1999/42/EG über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelungen zur Anerkennung der Befähigungsnachweise, ABl. EU Nr. L 201, S. 77, inzwischen ersetzt durch die RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. EU Nr. L 255, S. 22.

¹⁰⁹² Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 53 AEUV, Rn. 11; Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 53 AEUV, Rn. 13; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 53 AEUV, Rn. 3.

¹⁰⁹³ EuGH, Rs. C-344/04, Slg. 2006, I-443, Tz. 46 – IATA und ELFAA; Saria, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Saria, Reiserecht, S. 103, 107.

¹⁰⁹⁴ Saria, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Saria, Reiserecht, S. 103, 106.

werden und nennt in lit. b Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politiken der Mitgliedstaaten. Dementsprechend können Maßnahmen, die sich nicht bereits auf Art. 114 AEUV stützen lassen, die aber trotzdem weiter gehen als Maßnahmen nach der Unterstützungs-, Ergänzungs- und Koordinierungskompetenz, die der Union im Tourismusbereich zusteht, nicht auf Art. 169 AEUV gestützt werden.¹⁰⁹⁵ Außerdem lassen sich von Maßnahmen auf Grundlage der Ermächtigung im Bereich des Verbraucherschutzes nicht alle Touristen erfassen. Denn Verbraucher sind ausschließlich natürliche Personen, die zu privaten – also nicht beruflichen oder gewerblichen – Zwecken am Marktgeschehen teilnehmen.¹⁰⁹⁶ Geschäftsreisende würden von Verbraucherschutzregelungen somit nicht geschützt.

e) **Kompetenz aus der Kohäsionspolitik**

Die Kohäsionspolitik basiert gemäß Art. 4 AEUV auf einer geteilten Kompetenz und wird in Art. 174 AEUV im dritten Teil des Vertrages näher ausgestaltet. Die Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts weist einige Schnittpunkte mit dem Tourismusbereich auf. So wird insbesondere Insel- und Bergregionen besondere Aufmerksamkeit zuteil, die sich oftmals besonders für den Tourismus eignen. Beispielsweise nimmt die Verordnung zur Errichtung eines europäischen Fonds für regionale Entwicklung auf die Entwicklung von hochwertigen Dienstleistungen im Tourismusbereich und auf den Schutz des Naturerbes Bezug, um einen nachhaltigen Tourismus zu gewährleisten.¹⁰⁹⁷ Außerdem ist davon auszugehen, dass auch in Zukunft über die Voraussetzungen der europäischen Fördermittel das Verhalten der Akteure im Tourismusbereich beeinflusst werden kann.

f) **Kompetenz aus dem Bereich Freizügigkeit**

Viele Fälle des grenzüberschreitenden Tourismus weisen einen Bezug zum Freizügigkeitsrecht auf (vgl. etwa die Rs. *Cowan*, *Bickel und Franz*, *Calfa* und *Wijzenbeek*). Die Union kann im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren soweit erforderlich und soweit keine anderen Befugnisnormen einschlägig sind nach Art. 21 Abs. 2 AEUV Vorschriften erlassen, mit denen die Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtert wird. Die bereits in Kapitel 4 besprochene Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG beruht unter anderem auch auf dieser

¹⁰⁹⁵ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4253; vgl. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV, Rn. 3.

¹⁰⁹⁶ EuGH, Rs. C-269/95, Slg. 1997, I-3788, Tz. 15 – *Benincasa/Dentalkit*; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 169 AEUV, Rn. 5.

¹⁰⁹⁷ VO (EG) Nr. 1080/2006 über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1783/1999, ABl. EU Nr. L 201, S. 1.

Gesetzgebungskompetenz. Wie dargestellt zeigen die Voraussetzungen in der Richtlinie für einen Aufenthalt von länger als drei Monaten deutlich, dass die Integrationsleistung der Richtlinie hinter der Rechtsprechung des EuGH zurückbleibt.¹⁰⁹⁸ Da der Gesetzgeber der Europäischen Union beim Erlass der Unionsbürgerrichtlinie bereits einmal umfassende Regelungen geschaffen hat, sind weitere Bestimmungen in diesem Bereich vorerst nicht zu erwarten.

g) Kompetenzen aus dem Bereich Kultur

Der Kulturbereich ist mit der Tourismuspolitik eng verknüpft. Die Erhaltung und der Schutz des kulturellen Erbes (vgl. Art. 167 Abs. 2 AEUV) umfasst auch die Erhaltung der Kulturstätten und Denkmäler, die maßgeblicher Anlass zahlreicher grenzüberschreitender Reisen sind.¹⁰⁹⁹ Auch die Festlegung des Eintritts in Museen weist Bezüge zur Tourismus- und zur Kulturpolitik auf. Es ist somit denkbar, dass sich eine Regelung sowohl auf Art. 167 AEUV als auch auf Art. 195 AEUV stützen lässt. Letztlich wäre das funktionale Regelungshauptziel der jeweiligen Maßnahme für die Abgrenzung zwischen den Ermächtigungsnormen aus den Bereichen Kultur und Tourismus entscheidend.¹¹⁰⁰ Im Ergebnis wird jedoch auch der Rückgriff auf die Ermächtigungsnorm aus dem Kulturbereich die Handlungsbefugnisse der Union nicht entscheidend erweitern, da auch die Kulturkompetenz auf Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen beschränkt ist.

h) Kompetenz aus dem Bereich Industrie

Wie sich bereits aus dem englischen Begriff „industry“ ergibt, welcher auch Dienstleistungen umfasst, ist Industriepolitik auf europäischer Ebene nicht auf das produzierende und verarbeitende Gewerbe beschränkt und umfasst somit auch den Tourismusbereich.¹¹⁰¹ Da jedoch auch die Industriepolitik eher auf die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie abzielt und nicht auf Sachverhalte, die von der Anwendung transnationaler Integrationsnormen geprägt sind und der negativen Integration unterliegen, ergeben sich aus dieser Kompetenz gegenüber der bestehenden Tourismuskompetenz keine neuen Impulse für die Milderung der Asymmetrie. Darüber hinaus ist die Kompetenz gemäß Art. 173 AEUV ebenso wie die Tourismuspolitik eine Unterstützungs-, Koordinierungs- und Er-

¹⁰⁹⁸ Siehe oben unter Kapitel 4, B., IV., 3., c).

¹⁰⁹⁹ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 6, Rn. 4108; *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 167 AEUV, Rn. 10; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 167 AEUV, Rn. 202.

¹¹⁰⁰ *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 167 AEUV, Rn. 202.

¹¹⁰¹ *Vedder*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 195 AEUV, Rn. 1, der Art. 195 AEUV als *lex specialis* zu Art. 173 AEUV klassifiziert; *Lurger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 173 AEUV, Rn. 12.

gänzungskompetenz, sodass ein Rückgriff auf Art. 173 AEUV zu keinen weitergehenden Handlungsbefugnissen gegenüber Art. 195 AEUV führt.

i) Flexibilitätsklausel

Nach der im Vertrag von Lissabon neu gefassten Flexibilitätsklausel kann die Union geeignete Vorschriften erlassen, wenn ein Tätigwerden der Union in den vertraglich festgelegten Politikbereichen erforderlich erscheint, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen und in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind. Der Erlass einer Regelung bedarf eines einstimmigen Beschlusses des Rates. Im Gegensatz zur Vorgängervorschrift stellt Art. 352 AEUV klar, dass im Falle von Harmonisierungsverboten eine Harmonisierung über Art. 352 AEUV ausgeschlossen ist.¹¹⁰² Dementsprechend geht der Anwendungsbereich der Flexibilitätsklausel im Bereich der Tourismuspolitik diesbezüglich nicht über Art. 195 AEUV hinaus. Der Rückgriff auf die Flexibilitätsklausel ist jedoch denkbar, wenn wegen negativer Integration die Regelungen der Mitgliedstaaten nicht mehr anwendbar sind und die Union keine ausreichenden Kompetenzen hat, um die mit den nationalen Normen verfolgten Zwecke zu sichern, die zur Beschränkung des Binnenmarktes führten.¹¹⁰³

aa) Anwendung des Art. 352 AEUV bei Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen

Bereits in der Vergangenheit wurden auf die Vorgängerregelung zu Art. 352 AEUV einige tourismusbezogene Rechtsakte gestützt, wie die Empfehlung über Brandschutz in bestehenden Hotels, die Empfehlung über einheitliche Informationen in Hotels, der Beschluss zur Einführung eines Verfahrens zur Konsultation und Zusammenarbeit im Bereich des Fremdenverkehrs und der – gescheiterte – Vorschlag für ein Mehrjahresprogramm zur Förderung des europäischen Tourismus *Philoxenia*.¹¹⁰⁴

Zum Teil wird der Rückgriff auf Art. 352 AEUV im Tourismusbereich seit der Einführung von Art. 195 AEUV jedoch generell ausgeschlossen, da die Befugnisse der Union im Tourismusbereich in Art. 195 AEUV bewusst beschränkt seien und es dem Willen der Mitgliedstaaten widerspräche, die Zuständigkeiten der Union über den Umweg des

¹¹⁰² *Eilmansberger*, Vertikale Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, in: Hummer/Obwexer, Der Vertrag von Lissabon, S. 189, 201.

¹¹⁰³ Vgl. *de Witte*, Cultural policy: The complementarity of negative and positive integration, in: Schwarze, Structure and Dimension of European Community Policy, S. 195, 202 für den Kultursektor.

¹¹⁰⁴ Empfehlung 86/666/EWG des Rates über den Brandschutz in bestehenden Hotels, ABl. EU Nr. L 384, S. 60; Empfehlungen 86/665/EWG des Rates über einheitliche Informationen in Hotels, ABl. EU Nr. L 384, S. 54; siehe auch *Winkler*, Vergangenheit und Zukunft der Flexibilitätsklausel im Spannungsfeld von unionalem Integrations- und mitgliedstaatlichen Souveränitätsanspruch, EuR 2011, S. 384, 389.

Art. 352 AEUV auszuweiten. Art. 195 AEUV sei eine bezüglich des Sachgebietes und der Handlungsinstrumente abschließende Ermächtigungsregelung für den Tourismusbereich.¹¹⁰⁵ Die besseren Argumente sprechen hingegen dafür, dass auf Art. 352 AEUV grundsätzlich zurückgegriffen werden darf, obwohl im dritten Teil des Vertrages eine Ermächtigungsgrundlage für den Tourismusbereich besteht. Nach dem Wortlaut von Art. 352 Abs. 1 AEUV kommt es auf das Fehlen der erforderlichen Befugnisse und nicht auf das Fehlen jeglicher Befugnisse an.¹¹⁰⁶ Außerdem würde sonst jede vertragliche Beschränkung der Kompetenzen der Union zur Nichtanwendung des Art. 352 AEUV führen. Dann wäre die Funktion von Art. 352 AEUV, für Flexibilität zu sorgen, jedoch konterkariert, da sich kaum ein Anwendungsbereich für die Flexibilitätsklausel finden ließe. Des Weiteren ließe das Harmonisierungsverbot aus Art. 352 Abs. 3 AEUV leer, wenn im Rahmen von Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen grundsätzlich nicht auf die Flexibilitätsklausel zurückgegriffen werden kann, da das Harmonisierungsverbot gemäß Art. 2 Abs. 5 AEUV für alle Sachbereiche dieser Kompetenzart gilt.

bb) Tourismus als Ziel im Rahmen des Art. 352 AEUV

Die Ergänzungsklausel kann nur eingesetzt werden, wenn dies zur Verwirklichung eines Ziels der Verträge erforderlich ist. Die Ziele der Union werden grundsätzlich in Art. 3 EUV bestimmt.¹¹⁰⁷ Dort ist der Tourismus jedoch nicht genannt. Da Art. 352 AEUV jedoch nicht direkt auf Art. 3 EUV Bezug nimmt, sondern auf die Ziele der Verträge verweist, können neben den allgemeinen Zielen in Art. 3 EUV die in den einzelnen Politikbereichen niedergelegten besonderen Ziele im Rahmen des Art. 352 AEUV herangezogen werden.¹¹⁰⁸ Die Schaffung eines günstigen Umfelds für die Entwicklung der Unternehmen im Tourismussektor und die Unterstützung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten gemäß Art. 195 AEUV sind somit im Rahmen des Art. 352 AEUV anerkannte Ziele.

¹¹⁰⁵ *Saria*, Primärrechtliche Grundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 120; ähnlich auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 6 AEUV, Rn. 18; *Winkler*, Vergangenheit und Zukunft der Flexibilitätsklausel im Spannungsfeld von unionalem Integrations- und mitgliedstaatlichen Souveränitätsanspruch, EuR 2011, S. 384, 392; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 352 AEUV, Rn. 15 der für alle Bereiche in denen ein Harmonisierungsverbot besteht den Rückgriff auf Art. 352 AEUV sperren möchte.

¹¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-166/07, Slg. 2009, I-7135, Tz. 69. – Europäisches Parlament gegen Rat; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 352 AEUV, Rn. 65ff.; *Vedder*, in: Vedder/Hentschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 352 AEUV, Rn. 15ff.; jeweils auch zu dem sich ergebenden Folgeproblem der kumulativen Abstützung eines Rechtsaktes.

¹¹⁰⁷ *Gundel*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 352 AEUV, Rn. 13.

¹¹⁰⁸ *Vedder*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 352 AEUV, Rn. 10; *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 352 AEUV, Rn. 7; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 352 AEUV, Rn. 35.

cc) **Stellungnahme**

Art. 352 AEUV ist eine brauchbare Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Regelungen im Bereich des Tourismus. Im Ergebnis ist die Union jedoch aufgrund des Harmonisierungsverbotes in Art. 352 Abs. 3 AEUV an dieselben Handlungsformen wie im Rahmen des Art. 195 AEUV gebunden. Darüber hinaus müsste im Rat für den Erlass von Sekundärrecht stets das Einstimmigkeitserfordernis überwunden werden. Es bleibt abzuwarten, inwiefern sich – gerade mit Blick auf die letzten Erweiterungsrounden der Europäischen Union – Einstimmigkeit im Rat erzielen lässt.

j) **Fazit zur Heranziehung anderer Kompetenznormen**

Im Ergebnis reicht der Rückgriff auf Handlungsermächtigungen aus anderen Bereichen zur Auflösung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration im Tourismusbereich nicht aus. Zum einen kann die Union in einer Vielzahl der angrenzenden Bereiche ebenfalls keine harmonisierenden Maßnahmen vornehmen. Zum anderen zeigt die Vielzahl der bereits erlassenen Rechtsakte im Umfeld des Tourismus, dass angrenzende Kompetenzgrundlagen bereits zur Regelung im Tourismusbereich genutzt werden. Bei der Unionsbürgerrichtlinie hat sich zudem gezeigt, dass das Integrationsniveau bei positiver Integration hinter dem Integrationsniveau der negativen Integration zurückbleibt. Außerdem können die Ermächtigungen in anderen Bereichen auch nicht grenzenlos zur Regelung touristischer Sachverhalte herangezogen werden, da die Wahl der Kompetenzgrundlage sich nach dem hauptsächlichen Regelungsziel sowie dem tatsächlichen Inhalt der jeweiligen Norm richtet.¹¹⁰⁹

3. **Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Tourismusbereich**

Das Subsidiaritätsprinzip ist in Art. 5 Abs. 3 EUV normiert und gilt, soweit keine ausschließliche Zuständigkeit der Union besteht. Folglich ist es auch auf die Tourismuspolitik anwendbar. Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können und wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Bezugnahme auf die regionale und lokale Ebene spielt vor allem für den Tourismus eine Rolle, da Tourismuspolitik oftmals lokal oder regional geprägt ist. Der mit

¹¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-295/90, Slg. 1992, I-4230, Tz. 13 – Parlament/Rat; EuGH, Rs. C-155/91, Slg. 1993, I-963, Tz. 7 – Kommission/Rat; *Epiney*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Abschnitt L, Rn. 88; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 1 AEUV, Rn. 24.

dem Subsidiaritätsprinzip verfolgte Bottom-up-Ansatz ist für die Tourismusbranche ebenso wichtig, da viele private und öffentliche Interessengruppen mit dezentralisierten Zuständigkeiten existieren. Zum Teil wird eine subsidiaritätskonforme Betätigung der Union in diesem Bereich deshalb sogar generell in Frage gestellt.¹¹¹⁰ Übersehen wird bei dabei jedoch, dass die touristischen Destinationen in den Mitgliedstaaten zueinander in Konkurrenz stehen und sich durch die Eigenregulierung auf lokaler Ebene langfristige Ziele wie Umweltschutz und Nachhaltigkeit nicht durchsetzen lassen.¹¹¹¹

Die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ist gerichtlich überprüfbar, auch wenn der EuGH das Subsidiaritätsprinzip bisher zurückhaltend anwendet.¹¹¹² Auch in der Literatur wird das Subsidiaritätsprinzip nicht als enge Kompetenzausübungsschranke verstanden. So spreche bei Zielkompetenzen bereits aufgrund der Übertragung eine Vermutung dafür, dass sich das Ziel besser oder sogar nur durch die Union erreichen lässt.¹¹¹³ Obwohl die Kritik an einer laxen Anwendung des Subsidiaritätsprinzips¹¹¹⁴ grundsätzlich berechtigt ist, sollte im Tourismusbereich bei der Prüfung des Subsidiaritätsprinzips eine Einbeziehung der Konkurrenzsituation zwischen den Destinationen der Mitgliedstaaten erfolgen. Des Weiteren lassen sich manche Ziele auf europäischer Ebene wegen der einschränkenden Wirkung der negativen Integration für den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten eventuell besser erreichen. Zwar gilt die durch negative Integration geschaffene Rechtslage für die gesamte Europäische Union, allerdings können Regelungen auf europäischer Ebene einen umfassenderen Ansatz verfolgen und breiter aufgestellt werden, sodass sie nicht systemfremd in ein bestehendes Regelungsgefüge eingreifen, sondern selbst ein neues Regelungssystem etablieren.

4. Inhaltliche Grenzen der Kompetenzübertragung

Vor diesem Hintergrund ist durch die Übertragung von Kompetenzen eine teilweise Abmilderung der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration möglich. Mit der Kompetenzübertragung geht die Forderung nach der Hochzonung der Politikbereiche einher, die den Binnenmarkt flankieren.¹¹¹⁵ Danach wird der Spielraum für Maßnahmen der

¹¹¹⁰ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 6 AEUV, Rn. 24, der als Argument darauf verweist, dass die Tourismuspolitik ein Unterfall der Industriepolitik sei.

¹¹¹¹ Vgl. *Tonner*, Europäische Tourismuspolitik und nachhaltige Entwicklung, in: Reich/Heine-Mernik, Umweltverfassung und nachhaltige Entwicklung in der Europäischen Union S. 99, 115.

¹¹¹² *Albin*, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU, NVwZ 2006, S. 629, 631; *de Burca*, The Principal of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, JCMS 1998, S. 217, 223ff.

¹¹¹³ *Eilmansberger*, Vertikale Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, in: Hummer/Obwexer, Der Vertrag von Lissabon, S. 189, 205.

¹¹¹⁴ *Albin*, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU, NVwZ 2006, S. 629, 631ff.

¹¹¹⁵ *Calliess*, Gemeinwohl in der Europäischen Union, in: Brugger/Kirste/Anderheiden, Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, S. 173, 188; *Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in:

positiven Integration auf europäischer Ebene wenigstens in dem Maße vergrößert, wie rechtliche Zwänge der negativen Integration Spielräume der nationalen Politik verringern.¹¹¹⁶ Eine Konsequenz der Hochzonung der den Binnenmarkt flankierenden Politikbereiche auf die europäische Ebene wäre, dass der Union in fast allen Bereichen Kompetenzen zustehen müssten: Denn die Grundfreiheiten gelten nach der Rechtsprechung des EuGH auch in Bereichen wie dem Steuer-, Sozial- und Strafrecht, die originär mitgliedstaatliche Aufgabenbereiche sind. Der Kompetenzübertragung auf die Union sind jedoch Grenzen gesetzt. Diese werden für die Bundesrepublik Deutschland im *Lissabon*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts umrissen.¹¹¹⁷ Danach muss den Mitgliedstaaten ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse verbleiben. Insbesondere wesentliche Bereiche wie Staatsbürgerschaft, ziviles und militärisches Gewaltmonopol, Einnahmen und Ausgaben sowie Strafrechtspflege, aber auch kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis dürfen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht dem politischen Gestaltungsraum der Bundesrepublik Deutschland entzogen werden.¹¹¹⁸ Wie dargestellt wird eine Vielzahl der im Urteil des Bundesverfassungsgerichts genannten Bereiche durch die Rechtsprechung zu den transnationalen Integrationsnormen stark beeinflusst. Die Übertragung von Regelungskompetenzen in diesen Bereichen an die Union kann aufgrund der im *Lissabon*-Urteil aufgezeigten Grenzen jedoch nicht in einem Maß stattfinden, welches die Einflüsse der negativen Integration ausgleichen könnte.

5. Fazit

Insgesamt kann durch die Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union das Potential der positiven Integration gesteigert werden. Im Tourismusbereich wird durch die Einführung des Art. 195 AEUV positive Integration erleichtert.¹¹¹⁹ Der Rückgriff auf

Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 231, 234; ähnlich mit Vergleich zum US-System auch Moses, Is Constitutional Symmetry enough?, JCMS 2011, S. 823, 832.

¹¹¹⁶ Scharpf, Negative und positive Integration, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 49, 69/70.

¹¹¹⁷ Siehe Hatje, Demokratische Kosten souveräner Staatlichkeit im europäischen Verfassungsverbund, in: Hatje/Terhechte, Europarecht Beiheft 1/2010, S. 123, 126; Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 247f.; Dingemann, Zwischen Integrationsverantwortung und Identitätskontrolle: Das „Lissabon“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ZEuS 2009, S. 491ff.

¹¹¹⁸ BVerfGE 123, S. 267, 357ff.

¹¹¹⁹ a.A.: Saria, Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für ein europäisches Tourismusrecht, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht, S. 103, 127, der Art. 195 AEUV in rechtspolitischer Hinsicht als entbehrlich ansieht, da die Norm den praktischen Erfordernissen kaum gerecht werde und letztlich zu einer Einschränkung der bisherigen Rechtsetzungsbefugnisse führe.

Kompetenzen aus angrenzenden Bereichen verbessert darüber hinaus zwar die theoretischen Möglichkeiten für positive Rechtsetzung, doch dürfte deren Realisierung in der Praxis schwierig sein. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass der tatsächliche Erfolg der positiven Integration von dem bestehenden Interessengefüge zwischen den Mitgliedstaaten abhängig ist. Die Herbeiführung der erforderlichen Mehrheit der Mitgliedstaaten ist aufgrund der Interessensunterschiede in aller Regel aufwändiger als der Erlass eines Urteils durch den EuGH. Außerdem sind der Union bei der Ausübung der Kompetenzen durch das Subsidiaritätsprinzip Schranken gesetzt und auch die Sachbereiche, welche auf die Union übertragen werden können, sind inhaltlich begrenzt. Mithin reicht die Kompetenzübertragung auf die Union beziehungsweise der Rückgriff auf Kompetenzen aus angrenzenden Bereichen nicht aus, um die Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration im Tourismusbereich zu beheben.

II. Reaktion des Vertrags- bzw. Gesetzgebers auf die Rechtsprechung

1. Allgemeines

Die europäische Gesetzgebung kann Entscheidungen der Rechtsprechung kodifizieren oder korrigieren. Grundsätzlich geht auch der EuGH davon aus, dass ein zunächst erreichter Integrationsstand wieder unterschritten werden kann.¹¹²⁰ Wegen dieser Reaktionsmöglichkeit der gesetzgebenden Organe auf die weitreichende Rechtsprechung des EuGH halten einige Autoren diese für legitim, da das Richterrecht wieder an den politischen Konsens angebunden werden könne.¹¹²¹ Dem kann in diesem Umfang nicht zugestimmt werden. Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, hängt die Korrektur der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber von zu vielen unsicheren Faktoren ab, als dass die Reaktionsmöglichkeit der Legislative legitimationsstiftend für die Rechtsprechung herangezogen werden könnte.

2. Anpassung des Sekundärrechts

Durch Sekundärrecht kann theoretisch nicht nur die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Sekundärrechts, sondern auch Rechtsprechung zum Primärrecht korrigiert werden, da die primärrechtlich verankerten Grundfreiheiten nur soweit anwendbar sind, wie

¹¹²⁰ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – Keck & Mithouard; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 530.

¹¹²¹ *Schmidt*, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 467; *Möllers*, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, EuR 1998, S. 20, 24; a.A: *Dänzer-Vanotti*, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, RIW 1992, S. 733, 736, der von einer Versteinerung des Richterrechts spricht.

keine speziellere und abschließende sekundärrechtliche Regelung besteht.¹¹²² Sekundärrecht als Reaktion auf die Rechtsprechung stärkt die positive Integration, wenn das Sekundärrecht die Rechtsprechung als Impuls versteht, einen bestimmten Bereich positiv auszugestalten.¹¹²³ *Scharpf* geht davon aus, dass Sekundärrecht, welches die Rechtsprechung nur systematisiert und gesetzlich festschreibt, keine echte positive Integration, sondern lediglich ein Mittel sei, negative Integration transparenter zu machen.¹¹²⁴ Im Ergebnis geht dieser Ansatz zu weit, da auch die simple Kodifikation der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf eine stärkere Legitimation verweisen kann als der EuGH selbst.

Oftmals bleibt allerdings die Kodifikation hinter der Auslegung der Grundfreiheiten durch die Rechtsprechung zurück.¹¹²⁵ Außerdem stehen den Mitgliedstaaten im politischen Willensbildungsprozess starke supranationale Vetospieler wie die Kommission und das Europäische Parlament gegenüber. Diese institutionellen Vetospieler präferieren eine möglichst weit reichende Integration und stellen sich in Konfliktfällen im Spannungsfeld zwischen supranationaler Autonomie und mitgliedstaatlicher Kontrolle eher auf die Seite des Gerichtshofs.¹¹²⁶ Bei der Kommission wird diese Vetomöglichkeit durch ihr Initiativmonopol für den Erlass von Sekundärrecht besonders deutlich. Ohne ihre Initiative kann eine Korrektur nach der Rechtsprechung nicht herbeigeführt werden.¹¹²⁷ Übt sie das Initiativrecht aus, dominiert die Kommission den Ausgang des Rechtsetzungsprozesses. Beispielsweise schrieb sie bei der Dienstleistungsrichtlinie im ersten Vorschlag das Herkunftslandprinzip vor und ging damit über den Stand der Rechtsprechung hinaus.¹¹²⁸ Nach langer politischer Diskussion wurde das Herkunftslandprinzip in der finalen Fassung der Richtlinie zwar nicht direkt erwähnt, jedoch ist es den Mitgliedstaaten wegen der eng begrenzten Rechtfertigungsmöglichkeiten weitgehend untersagt, Regelungen des Tätigkeitsstaates auf den Dienstleistungserbringer anzuwenden, sodass das Herkunftslandprinzip sozusagen durch die Hintertür eingeführt wurde.¹¹²⁹ Obwohl die Übernahme des Herkunftslandprinzips von vielen Mitgliedstaaten nicht gewollt war, ist es dem Rat nicht gelungen, das Herkunftslandprinzip vollständig aus Vorschlag der Kommission herauszuverhandeln.

¹¹²² von *Bogdandy*, Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation, KJ 2001, S. 264, 279f.

¹¹²³ Vgl. *Hailbronner* zur Kodifizierung der Rechtsprechung im Bereich des Sozialrechts, Die Unionsbürgerschaft und das Ende der rationalen Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185, 2189.

¹¹²⁴ *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market economy“, Socio-Economic Review 2010, S. 211, 225.

¹¹²⁵ Bzgl. Unionsbürgerrichtlinie siehe oben unter Kapitel 4, B., IV., 3., c).

¹¹²⁶ *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 101.

¹¹²⁷ *Höpner*, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, Der moderne Staat 2010, S. 165, 180; *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 89, 96.

¹¹²⁸ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine RL über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2.

¹¹²⁹ *Schmidt*, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 467; vgl. auch oben Kapitel 4, B., IV., 2., a), cc).

Für die Stärkung der positiven Integration durch Sekundärrecht muss nach dessen Regelungstechnik differenziert werden. Enthält das Sekundärrecht das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, wird die Souveränität der einzelnen Mitgliedstaaten durch ihre Mitwirkung an der Ausgestaltung des Sekundärrechts zwar formell gewahrt. Materiell bleibt der gestalterische Spielraum der Mitgliedstaaten jedoch beschränkt, da sie die Regelungen aus anderen Mitgliedstaaten auf ihrem Hoheitsgebiet gelten lassen müssen. Würde das Sekundärrecht hingegen eine – freilich schwieriger zu verhandelnde – harmonisierende Regelung festschreiben, sind die Steuerungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten größer. Sekundärrecht, das ohne gegenseitige Anerkennung auskommt, ist somit besser geeignet, die positive Integration zu stärken.

3. Anpassung des Primärrechts

Nicht nur Sekundärrecht, sondern auch der Erlass von neuem Primärrecht kann die Rechtsprechung korrigieren. Zur Veränderung des Primärrechts nach dem Vertragsänderungsverfahren in Art. 48 EUV bedarf es einer einstimmigen Entscheidung aller 28 Mitgliedstaaten in der Regierungskonferenz.¹¹³⁰ In der Praxis führen daher nur besondere historische Momente zur Änderung der europäischen Verträge.

Trotzdem wurde in der Vergangenheit die Rechtsprechung des EuGH durch das Primärrecht kodifiziert. So geht die Formulierung in Art. 6 Abs. 3 EUV zu den europäischen Grundrechten fast wortwörtlich auf die Rechtsprechung des EuGH zurück.¹¹³¹ Auch die Einführung der Freizügigkeit durch den Vertrag von Maastricht wurde von der Rechtsprechung, insbesondere der Rs. *Cowan*, beeinflusst. Die Revision, also die Abänderung einer Entscheidung des EuGH durch den Gesetzgeber der Union, hat jedoch in der Regel keinen Erfolg.¹¹³² Einzig im sogenannten Barber-Protokoll ist den Mitgliedstaaten eine Korrektur der Rechtsprechung im Bereich der geschlechtsspezifischen Diskriminierung gelungen. Das Protokoll grenzt die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Barber*, in der er über die intendierte Reichweite des Art. 157 AEUV hinausging, ein.¹¹³³ Das Protokoll erging je-

¹¹³⁰ Höpner, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, *Der moderne Staat* 2010, S. 165, 180; Scharpf, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market“ economy, *Socio-Economic Review* 2010, S. 211, 217; Scharpf, *Community and Autonomy*, Introduction, S. 13.

¹¹³¹ Art. 6 Abs. 3 EUV lautet: „Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“; EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, S. 492, Tz. 13 – Nold; EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, S. 3729, Tz. 15 – Hauer; *Baudenbacher/Bergmann*, *Der EuGH außer Kontrolle?*, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 191, 243.

¹¹³² Höreth, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 73, 100; Grosche, *Rechtsfortbildung im Unionsrecht*, S. 238; Grimm, Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung, *FAZ* vom 10.8.2014, S. 11.

¹¹³³ EuGH, Rs. C-262/88, Slg. 1990, I-1889 – Douglas Harvey Barber; siehe zum Barber-Protokoll auch Grosche, *Rechtsfortbildung im Unionsrecht*, S. 238.

doch in zeitlicher Nähe zu einer Vertragsänderung. Besteht nicht zufällig ein solcher zeitlicher Zusammenhang, dürfte die politische Korrektur der Urteile faktisch nicht umsetzbar sein.¹¹³⁴

4. Wechselwirkung zwischen Sekundärrecht und Primärrecht

Zwischen dem Sekundär- und dem Primärrecht besteht eine Wechselbeziehung. Grundsätzlich geht das Primärrecht dem Sekundärrecht in der Normenhierarchie vor. Des Weiteren sind insbesondere auch die Unionsorgane – und somit auch der EuGH – an das höher-rangige Primärrecht inklusive der Grundfreiheiten gebunden.¹¹³⁵ Gemäß dieser strengen Normenhierarchie könnte Sekundärrecht die Auslegung der Grundfreiheiten durch den EuGH nicht korrigieren, da der EuGH das Sekundärrecht primärrechtskonform entsprechend seiner Interpretation der Grundfreiheiten auslegen und ansonsten für ungültig erklären würde.¹¹³⁶ Einer solchen Annahme steht jedoch entgegen, dass der Vertrag zum Teil die Ausgestaltung des Primärrechts durch Sekundärrecht vorsieht (vgl. Art. 21 Abs. 2 AEUV sowie Art. 62 i. V. m. Art. 53 AEUV), sodass die Einwirkung des Sekundärrechts auf Primärrecht trotz primärrechtskonformer Auslegung möglich sein muss. Außerdem sind im Anwendungsbereich spezifischen Sekundärrechts die Grundfreiheiten ausgeschlossen, sofern eine vollständige Harmonisierung vorliegt. Dementsprechend greift der EuGH zur Interpretation des Primärrechts manchmal auf das Sekundärrecht zurück.¹¹³⁷ Eine solche sekundärrechtskonforme Auslegung des Primärrechts nahm er zum Beispiel bei der Entwicklung der passiven Dienstleistungsfreiheit in der Rs. *Luisi und Carbone* vor.¹¹³⁸ *Schweitzer* kommentiert diese Wechselwirkung wie folgt: „Zuerst wird vom Rat Sekundärrecht erlassen, das über das Primärrecht hinausgeht¹¹³⁹, und dann wird das Primärrecht vom EuGH unter Berufung auf das Sekundärrecht weit ausgelegt (...). Es ist (...) eine der Schwierigkeiten der Lehre des Europarechts, den Studenten diese Art von – (...)“

¹¹³⁴ *Höpner*, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, *Der moderne Staat* 2010, S. 165, 181.

¹¹³⁵ *Leible/Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, S. 146, 151.

¹¹³⁶ EuGH, Rs. C-499/04, Slg. 2006, I-2413, Tz. 32 – *Werhof*; *Nettesheim*, Normenhierarchien im EU-Recht, *EuR* 2006, S. 737, 746; *Schlachter/Ohler*, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Einleitung, Rn. 74ff.

¹¹³⁷ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-5040, Tz. 118f. – *Bosman* zur Auslegung der Arbeitnehmerfreizügigkeit anhand des Sekundärrechts.

¹¹³⁸ EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 379, Tz. 12 – *Luisi und Carbone*; *Nettesheim*, Normenhierarchien im EU-Recht, *EuR* 2006, S. 737, 755; *Leible/Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage, S. 250, 282.

¹¹³⁹ Dies wären vorliegend das vom Rat am 18.12.1961 beschlossene allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs (ABl. EU 1962, S. 32), die RL 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (ABl. EU 1964, S. 850) und die RL 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs (ABl. EU Nr. L 172, S. 14).

dynamischer – Interpretation zu vermitteln.“¹¹⁴⁰ Einerseits stellt die sekundärrechtskonforme Auslegung die vertragliche Normenhierarchie auf den Kopf.¹¹⁴¹ Andererseits ist die Wechselbeziehung zwischen der Auslegung des Primärrechts durch den EuGH und der konkretisierenden Ausgestaltung des Primärrechts durch Sekundärrecht bereits in den Vertragsnormen angelegt (Art. 21 Abs. 2 AEUV, Art. 62 i. V. m. Art. 53 AEUV). Die stärkere Beachtung der Rolle des Sekundärrechts würde das Gebot der richterlichen Zurückhaltung gegenüber den Organen unterstreichen, denen die politische Gestaltung der Verwirklichung der Vertragsziele obliegt.¹¹⁴² Aufgrund der bestehenden Normenhierarchie kann das Sekundärrecht die Auslegung des Primärrechts zwar nicht bestimmen, sollte jedoch trotzdem in die Entscheidungsfindung miteinbezogen werden.¹¹⁴³

5. Probleme der Mehrheitsfindung im Rat und Ansätze zur deren Überwindung

a) Probleme der Mehrheitsfindung

Sowohl im Sekundärrecht als auch im Primärrecht scheitert die Kodifikation oder Korrektur der Rechtsprechung häufig an der erforderlichen Mehrheit. Die Heterogenität und die unterschiedlichen Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten erschweren einen koordinierten Widerstand gegen die Rechtsprechung des EuGH.¹¹⁴⁴ Der Vorstoß eines einzelnen Mitgliedstaates wird leicht als nationaler Egoismus abgetan.¹¹⁴⁵ Selbst wenn sich einige Mitgliedstaaten für eine Korrektur der Rechtsprechung zusammenfinden, stehen sie vor dem Problem der durch die EuGH-Rechtsprechung umgekehrten Lastenverteilung im politischen Willensbildungsprozess: Mitgliedstaaten, die sich den vor der Rechtsprechung bestehenden Status quo wünschen, sind gezwungen, eine Mehrheit unter den Mitgliedstaaten zu organisieren, um eine Reformulierung des Rechts herbeizuführen und den Status quo wieder herzustellen.¹¹⁴⁶ Normalerweise ist der politische Willensbildungsprozess so gestaltet, dass diejenige Gruppe, welche eine Veränderung des Status quo herbeiführen möchte, eine entsprechende Mehrheit zu organisieren hat. Teilweise müssen die Mitglied-

¹¹⁴⁰ *Schweitzer*, EG-Kompetenzen im Bereich von Kultur und Bildung, in: Merten, Föderalismus und Europäische Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung von Umwelt und Gesundheit, Kultur und Bildung, S. 147, 153.

¹¹⁴¹ *Leible/Domröse*, Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage, S. 250, 283.

¹¹⁴² *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 19 EUV, Rn. 52.

¹¹⁴³ Vgl. auch *Nettesheim*, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, S. 737, 756ff.

¹¹⁴⁴ *Höpner*, Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration, Berliner Journal für Soziologie 2011, S. 203, 206; siehe auch *Schmidt*, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 466.

¹¹⁴⁵ *Höpner*, Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration, Berliner Journal für Soziologie 2011, S. 203, 206.

¹¹⁴⁶ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 532ff.; *Höpner*, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, Der moderne Staat 2010, S. 165, 180.

staaten einen hohen politischen Preis für die Wiederherstellung des Status quo zahlen, da Mitgliedstaaten, die von der Rechtsprechung des EuGH nicht unmittelbar betroffen sind, für ihre Zustimmung zu einer Gesetzesänderung ein gewisses Entgegenkommen in anderen Bereichen fordern werden.¹¹⁴⁷ Zum Teil wird auch angenommen, dass der EuGH die Schwierigkeiten der späteren Korrektur eines Urteils in seinen Rechtsfindungsprozess einfließen lässt. Je unwahrscheinlich die Korrektur des Urteils ist, desto weiter weicht er in seinem Urteil von den Präferenzen der Politik ab.¹¹⁴⁸

Es gibt jedoch auch Aspekte, die die Mehrheitsfindung erleichtern. Bis zu einem gewissen Grad dürfte es für die Mitgliedstaaten vorteilhaft sein, Kompromisse in gemeinsamen Normen einzugehen statt die Rechtsunsicherheit durch die Rechtsprechung des EuGH hinzunehmen. So können sie zumindest eine Anklage im Vertragsverletzungsverfahren verhindern. Für Mitgliedstaaten dürfte es das kleinere Übel sein, eine Änderung des Sekundärrechts in einem bestimmten Bereich mitzutragen als den juristischen Interventionen des EuGH ausgesetzt zu sein.¹¹⁴⁹

b) Ansätze zur Überwindung der Probleme der Mehrheitsfindung

Zur Überwindung der beschriebenen Probleme der Mehrheitsfindung werden verschiedene Ansätze diskutiert.

Scharpf schlägt die Einführung politisch kontrollierter Opt-out-Klauseln vor. Danach könnte ein Mitgliedstaat vom Primär- und/oder Sekundärrecht abweichen, sofern die Mehrheit im Ministerrat die entsprechende Abweichung billigt.¹¹⁵⁰ Eine Abweichung könnte zu erlauben sein, wenn sie aus – von der Grundfreiheitsprüfung anerkannten – geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen stattfindet.¹¹⁵¹ Im geltenden Unionsrecht bestehen bereits vergleichbare Opt-out-Klauseln in Art. 114 Abs. 4 und Abs. 5 AEUV, auf die ohne Zustimmung des Rates – allerdings mit nachträglichem Billigungsvorbehalt für die Kommission – zurückgegriffen werden kann. Jedoch gelten diese Opt-out-Klauseln nur für eine bestimmte Ermächtigungsgrundlage und sind hinsichtlich

¹¹⁴⁷ *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 101/102.

¹¹⁴⁸ *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 98ff; siehe auch *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 139.

¹¹⁴⁹ *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market economy“, *Socio-Economic Review* 2010, S. 211, 225; siehe dazu auch *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 101, 116.

¹¹⁵⁰ *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 89, 96.

¹¹⁵¹ *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der europäischen Integration, S. 89, 96.

der Rechtfertigungsmöglichkeiten eng umgrenzt.¹¹⁵² Zeitlich später setzt der Vorschlag an, dass Mitgliedstaaten, deren Maßnahmen durch ein Vertragsverletzungsverfahren angegriffen werden, den Ministerrat anrufen können, um eine auf einem Mehrheitsbeschluss beruhende Einstellung des Verfahrens herbeizuführen.¹¹⁵³ Beide Vorschläge erleichtern zwar nicht direkt die Mehrheitsfindung. Es ist jedoch denkbar, dass einem Mitgliedstaat die Zustimmung zu einer Regelung leichter fällt, wenn die Möglichkeit besteht, unter bestimmten Voraussetzungen von der Regelung abzuweichen. Ein anderer Vorschlag von *Scharpf* beinhaltet die Initialisierung einer verstärkten Zusammenarbeit von Mitgliedstaaten mit ähnlichen politischen Präferenzen in einem bestimmten Bereich. Gemeinsame Regelungen könnten – vergleichbar zu der derzeitigen Regelung in Art. 328 AEUV – eine Opt-in-Klausel enthalten, die es anderen Mitgliedstaaten ermöglicht, später zur Regelungsgemeinschaft hinzuzustoßen. Dadurch könnte die Heterogenität des geografischen und infrastrukturellen Status quo der Mitgliedstaaten überwunden werden. Allen Vorschlägen gemein ist, dass ihre Umsetzung zu einer unerwünschten Rechtsaufspaltung bis hin zu einem rechtlichen Flickenteppich in der Union führen könnte. Die Vorteile der Vorrangwirkung des Unionsrechts und der Einheit des Unionsrechts würden dadurch unterlaufen. Zumindest die letztgenannte Opt-in-Lösung könnte einen Flickenteppich durch die stufenweise Annäherung an ein bestimmtes Regelungsziel vermeiden. Ambitionierte Regelungsziele, die (noch) nicht mehrheitsfähig sind, könnten zunächst durch allgemeine Rahmenvorgaben umrissen werden. Beratende Gremien könnten die Umsetzung der Rahmenvorgaben unterstützen – stets in der Hoffnung, dass deren alltägliche Arbeit eine Eigendynamik annimmt, die zu einer Annäherung an die ambitionierten Regelungsziele führt.¹¹⁵⁴ Diese Herangehensweise verdeutlicht, dass positive Integration nicht ausgeschlossen sein muss, nur weil anfangs keine Mehrheit für die Maßnahme zustande kommt. Im Laufe der Zeit können bei den Beteiligten Lernprozesse einsetzen, die die Ausgangslage für politische Entscheidungen verändern.¹¹⁵⁵

¹¹⁵² Vgl. *Herrnfeld*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 114 AEUV, Rn. 87ff.; *Leible/Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 85; *von Danwitz*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung, EuR 2008, S. 769, 783.

¹¹⁵³ *Scharpf*, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Europäische Integration, S. 219, 247.

¹¹⁵⁴ Siehe zu dieser Vorgehensweise bei der Implementation von Umweltschutzbestimmungen: *Zürn*, Die Implementation internationaler Umweltregime und „positive Integration“, MPIFG Discussion Paper 96/3, S. 16.

¹¹⁵⁵ *Zürn*, Die Implementation internationaler Umweltregime und „positive Integration“, MPIFG Discussion Paper 96/3, S. 16.

III. Offene Methode der Koordinierung im Tourismusbereich

Der verstärkte Einsatz der Integrationsform der offenen Methode der Koordinierung könnte der positiven Integration einige Vorteile bringen. Nach der offenen Methode der Koordinierung gelangen die Mitgliedstaaten über eine schrittweise gegenseitige Anpassung der nationalen Politiken, Verbreitung bewährter Praktiken und die Überwachung und Bewertung der durchgeführten Politiken zu einem gemeinsamen Vorgehen.¹¹⁵⁶ Zwar können die Instrumente der offenen Methode der Koordinierung keine rechtlichen Verbindlichkeiten festlegen. Sie üben allerdings einen großen faktischen Druck auf die Mitgliedstaaten aus.¹¹⁵⁷ Die offene Methode der Koordinierung gewährleistet mit ihrem offenen Instrumentenkasten flexible Aktionsmöglichkeiten.¹¹⁵⁸ Eine Abmilderung der mit der Asymmetrie verbundenen Störung des institutionellen Gleichgewichts kann freilich nur erreicht werden, wenn an der offenen Methode der Koordinierung die demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgane Rat und Europäisches Parlament beteiligt sind. Bisher beruht die offene Methode der Koordinierung zumeist auf einer Schlussfolgerung des Rates oder des Europäischen Rates, sie kann jedoch auch von der Kommission gesteuert werden.¹¹⁵⁹ In letzterem Fall ist auf eine Rückbindung an ein Legitimationssubjekt zu achten. Daher müssen auch nationale Parlamente sowie zivilgesellschaftliche Gruppen an der Politikgestaltung beteiligt werden.¹¹⁶⁰

Fraglich ist jedoch, inwiefern die offene Methode der Koordinierung für den Tourismusbereich brauchbar gemacht werden kann.¹¹⁶¹ Wie der Vergleich des Wortlautes von Art. 195 AEUV mit anderen Regelungen ergibt, in denen die offene Methode der Koordinierung kodifiziert wurde, enthält Art. 195 AEUV keine ausdrückliche Ermächtigung für die Anwendung der offenen Methode der Koordinierung.¹¹⁶² Zum Teil wird argumentiert,

¹¹⁵⁶ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 6 AEUV, Rn. 12; *Bodewig/Voß*, Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union, *EuR* 2003, S. 310; zum Einsatz der OMK in der Gesundheitspolitik siehe *Schmucker*, Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik, in: *Gerlinger/Mosebach/Schmucker*, Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, S. 7; vgl. Europäischer Rat von Lissabon 23./24.3.2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Tz. 37, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_de.htm; *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, § 4 Rn. 30.

¹¹⁵⁷ *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 AEUV, Rn. 39; *Pelka*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 6 AEUV, Rn. 14.

¹¹⁵⁸ *Lang/Bergfeld*, Zur „offenen Methode der Koordinierung“ als Mittel der Politikgestaltung in der Europäischen Union, *EuR* 2005, S. 381.

¹¹⁵⁹ *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, Art. 6 AEUV, Rn. 2; *Lenski*, in: *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, Art. 2 AEUV, Rn. 24.

¹¹⁶⁰ Siehe dazu *Höpner/Schäfer*, Grenzen der Integration, *integration* 2010, S. 3, 12.

¹¹⁶¹ Offen gelassen bei *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, § 4 Rn. 30.

¹¹⁶² Vgl. den Wortlaut von Art. 168 Abs. 2 AEUV „Die Kommission kann in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten alle Initiativen ergreifen, die dieser Koordinierung förderlich sind, insbesondere Initiativen, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten“; vgl. auch Art. 173 Abs. 2 AEUV und Art. 181 Abs. 2 AEUV.

dass aufgrund der ausdrücklichen Normierung der offenen Methode der Koordinierung in manchen Sachbereichen durch den Vertrag von Lissabon diese auch nur in denjenigen Sachbereichen anzuwenden sei, da die offene Methode der Koordinierung keine allgemeine Handlungsform der Union in Sinne des Art. 288 AEUV ist.¹¹⁶³ Für die Anwendbarkeit der Methode der offenen Koordinierung auch im Tourismusbereich spricht jedoch, dass vor der Zuweisung der Zuständigkeit an die Union in Art. 195 AEUV die Tourismuspolitik durch die offene Methode der Koordinierung umgesetzt wurde¹¹⁶⁴ und keine Gründe ersichtlich sind, wieso diese Vorgehensweise aufgrund der Kompetenzübertragung, welche die Handlungsmöglichkeiten der Union erweitern soll, abgeschnitten sein soll. Außerdem ist eine vertragliche Ermächtigung aufgrund der Unverbindlichkeit der eingesetzten Instrumente nicht zwingend erforderlich.¹¹⁶⁵ Kompetenzrechtlich steht der Anwendung der offenen Methode der Koordinierung somit nichts entgegen. Freilich bleibt abzuwarten, inwiefern aufgrund der Verfügbarkeit anderer Handlungsinstrumente innerhalb der Grenzen der Kompetenzübertragung noch Raum für den Einsatz der offenen Methode der Koordinierung verbleibt. Denkbar ist der Einsatz der offenen Methode der Koordinierung allerdings in den Bereichen, die von der Kompetenz nicht vollumfänglich umfasst sind oder für die alleine die Mitgliedstaaten zuständig sind.

IV. Einführung einer Querschnittsklausel im Tourismusbereich

Neben der offenen Methode der Koordinierung kommt zur Beachtung der Belange des Tourismus bei der positiven Rechtsetzung und der Abmilderung der Asymmetrie die Einführung einer tourismusbezogenen Querschnittsklausel in Betracht. Querschnittsklauseln enthalten den Handlungsauftrag an die Union, bei der Durchführung von Unionspolitiken und -maßnahmen in anderen Bereichen der Erreichung der Ziele des Querschnittsbereichs Rechnung zu tragen. Der Tourismusbereich ist eine Querschnittsmaterie mit Bezügen zu den Bereichen Binnenmarkt, Freizügigkeit, Verkehr, Umwelt, Verbraucherschutz, Kultur, Beschäftigung und Bildung sowie regionaler Entwicklung. Die negative Integration über die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten ist für die Belange angrenzender Politikbereiche blind und führt zu einer starken Begrenzung des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten.¹¹⁶⁶ Diesem Umstand wird beispielsweise im Kulturbereich durch eine

¹¹⁶³ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 6 AEUV, Rn. 17; *Pelka*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 6 AEUV, Rn. 17.

¹¹⁶⁴ *Lenski*, in: *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, Art. 2 AEUV, Rn. 30.

¹¹⁶⁵ *Lenski*, in: *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, Art. 2 AEUV, Rn. 24; aus Transparenzgründen wäre die vertragliche Fixierung der OMK hingegen wünschenswert gewesen; *Bodewig/Voß*, Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union, *EuR* 2003, S. 310, 322; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 110; *Ludwigs*, Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa, *ZEuS* 2004, S. 211, 248.

¹¹⁶⁶ *Ress*, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, S. 35.

Querschnittsklausel Rechnung getragen. Auch im Industriebereich, der eng mit dem Tourismusbereich verzahnt ist, besteht eine Querschnittsklausel (vgl. Art. 173 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV).¹¹⁶⁷ Da sowohl die Kultur- als auch die Industriepolitik nach Art. 6 AEUV in dieselbe Kompetenzkategorie wie der Tourismusbereich fallen sind sie strukturell mit ihm vergleichbar. Folglich liegt der Gedanke an eine Querschnittsklausel im Tourismusbereich nicht vollkommen fern. Allerdings erschließt sich nicht unmittelbar, welchem tourismus-spezifischen Aspekt durch die touristische Querschnittsklausel Rechnung getragen werden sollte. Je nachdem, ob Belange einzelner Touristen, der Unternehmen der Tourismusbranche oder der touristischen Infrastruktur berücksichtigt werden sollen, wären unterschiedliche Aspekte zu beachten. Diese Problematik könnte zumindest teilweise gelöst werden, indem die Querschnittsklausel – vergleichbar mit der Querschnittsklausel im Industriebereich – auf die Ziele des Vertragstitels zum Tourismus in Art. 195 Abs. 2 AEUV (Schaffung eines günstigen Umfelds für die Entwicklung der Unternehmen in diesem Sektor; Unterstützung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten insbesondere durch den Austausch bewährter Praktiken) verweist.

Die Einführung einer Querschnittsklausel würde darüber hinaus der Tatsache Rechnung tragen, dass die Ziele von Art. 195 AEUV bis zu einem gewissen Umfang unter Rückgriff auf andere Ermächtigungsgrundlagen verfolgt werden.¹¹⁶⁸ Allerdings dürfte durch die Querschnittsklausel keine Umgehung des Harmonisierungsverbots in Art. 195 Abs. 2 AEUV erfolgen.¹¹⁶⁹ Außerdem sollte eine Querschnittsklausel im Tourismusbereich nicht zu einer hierarchischen Aufwertung der Belange des Tourismus gegenüber anderen Politikbereichen führen. Im Falle einer Zielkollision ist vielmehr eine Abwägung mit den Belangen des Tourismus erwünscht.¹¹⁷⁰

V. Stärkere Einbeziehung nationaler Parlamente in den Rechtsetzungsprozess

Die stärkere Einbeziehung nationaler Parlamente kann das Demokratiedefizit abmildern, welches durch die Asymmetrie entsteht. Die demokratische Legitimation der Entscheidungen auf europäischer Ebene könnte verbessert werden, indem eine stärkere Einbeziehung nationaler Parlamente erfolgt und Mitgliedstaaten vor ihrer Stimmabgabe im Rat die

¹¹⁶⁷ Vgl. für den Kulturbereich (Art. 167 Abs. 4 AEUV), den Industriebereich (Art. 173 Abs. 3 AEUV), aber auch den Gesundheitsbereich (Art. 168 Abs. 1 AEUV), den Umweltschutz (Art. 11 AEUV) und den Verbraucherschutz (Art. 12 AEUV); *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, Art. 195 AEUV, Rn. 1; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 173 AEUV, Rn. 27.

¹¹⁶⁸ Vgl. auch EuGH, Rs. C-62/88, Slg. 1990, I-1545, Tz. 16 – Griechenland/Rat; EuGH, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2895, Tz. 22 – Kommission/Rat; zur Querschnittsklausel im Industriebereich: *Stumpf*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 173 AEUV, Rn. 23.

¹¹⁶⁹ Siehe dazu auch *Stein*, Die Querschnittsklausel zwischen Maastricht und Karlsruhe, in: *Du-e/Lutter/Schwarze*, Festschrift Everling, S. 1439, 1449.

¹¹⁷⁰ *Kment*, Die europäische Gesundheitspolitik und ihre Funktion als Querschnittsaufgabe, *EuR* 2007, S. 275, 279ff.

jeweilige Sachfrage den nationalen Parlamenten zur Abstimmung vorlegen. Der im Vertrag von Lissabon neu eingeführte Art. 12 lit. a EUV sieht generell eine stärkere Beteiligung nationaler Parlamente vor.¹¹⁷¹ Danach sind nationale Parlamente von den Organen der Union zu unterrichten und die Gesetzgebungsentwürfe der Union sind ihnen zuzuleiten. Dies könnte den nationalen Parlamenten helfen, die Abstimmung der eigenen Regierung im Rat vorzubereiten.¹¹⁷² Art. 12 EUV enthält jedoch lediglich ein Informationsrecht ohne echte Möglichkeit der Einflussnahme. Die konkreten Modalitäten der Beteiligung der nationalen Parlamente und die Reichweite ihrer Einflussnahme müssen die Mitgliedstaaten festlegen.¹¹⁷³ Neben dem Informationsrecht weist der Vertrag von Lissabon in Art. 12 lit. b EUV und Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EUV den nationalen Parlamenten außerdem eine eigenständige Funktion als Wächter der Subsidiarität zu.¹¹⁷⁴ Details des Kontrollmechanismus sind im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit erläutert. Nach dem sogenannten Frühwarnsystem¹¹⁷⁵ in Art. 6 des Protokolls können die nationalen Parlamente binnen acht Wochen nach Übermittlung eines Gesetzesentwurfs dazu Stellung nehmen, warum der Entwurf gegen das Subsidiaritätsprinzip verstößt. Lehnt mindestens ein Drittel der nationalen Parlamente den Gesetzesentwurf ab, muss der Urheber desselben diesen ergebnisoffen überprüfen (Art. 7 Abs. 2). Ist das Gesetzgebungsverfahren bereits abgeschlossen, können die nationalen Parlamente eine Subsidiaritätsklage beim EuGH erheben (Art. 8). Dabei umfasst nach richtiger Ansicht die Prüfung des Subsidiaritätsprinzips auch die Frage, ob der Union eine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung stand.¹¹⁷⁶

Die Informationsrechte und die Rolle der nationalen Parlamente als Wächter der Subsidiarität verbessern die eigene Beteiligung an der positiven Integration und sollten daher von den nationalen Parlamenten großzügig in Anspruch genommen werden.

¹¹⁷¹ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 12 EUV, Rn. 1ff.; in der vorausgegangenen Version des Vertrages enthielt lediglich das Protokoll (Nr. 9) über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union Vorschriften zur Unterrichtung der nationalen Parlamente.

¹¹⁷² *Groh*, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: *Fastenrath/Nowak*, Der Lissabonner Reformvertrag, S. 77, 82; *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 184.

¹¹⁷³ *Groh*, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: *Fastenrath/Nowak*, Der Lissabonner Reformvertrag, S. 77, 82.

¹¹⁷⁴ *Calliess*, Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: *Bröhmer*, Festschrift *Ress*, S. 399, 419; *Mellein/Lesaar*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 12 EUV, Rn. 12.

¹¹⁷⁵ *Streinz/Ohler/Hermann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 74; *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 185/201.

¹¹⁷⁶ *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, S. 186/207; *Groh*, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: *Fastenrath/Nowak*, Der Lissabonner Reformvertrag, S. 77, 88; *Mellein/Lesaar*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 12 EUV, Rn. 14.

VI. Stellungnahme zur Stärkung der positiven Integration im Tourismusbereich

Es bestehen somit verschiedene Möglichkeiten, die positive Integration zu stärken. Im Vordergrund steht in diesem Zusammenhang die Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union, da diese Grundlage für die Tätigkeit der demokratisch legitimierten Organe der Union sind. Durch die Einführung des Art. 195 AEUV ist eine solche Übertragung im Bereich des Tourismus vorgenommen worden. Das Integrationspotential dieser Norm ist aufgrund des Harmonisierungsausschlusses und der Beschränkung auf Ergänzungs-, Unterstützungs- und bis zu einem gewissen Maße Koordinierungsmaßnahmen jedoch begrenzt. Der Rückgriff auf andere Kompetenznormen ist zwar möglich, bleibt jedoch wegen des Verbots der Umgehung des Harmonisierungsverbots beschränkt. Außerdem lassen sich auf die Union nicht grenzenlos Kompetenzen übertragen. Nach deutschem Verfassungsrecht muss den Mitgliedstaaten ausreichend Raum zur politischen Gestaltung der Lebensverhältnisse verbleiben. Den vorgenannten Lösungsansätzen ist gemein, dass sie die wichtigen Kritikpunkte an der Asymmetrie, nämlich die Vertiefung des Demokratiedefizits sowie die mangelnde Steuerungsfähigkeit, abmildern würden.

Ein weiterer Ansatzpunkt zur Stärkung der positiven Integration ist die Korrektur oder Kodifizierung der Rechtsprechung durch Primär- und/oder Sekundärrecht. Auch hierfür müsste neben Art. 195 AEUV auf Ermächtigungsgrundlagen in angrenzenden Bereichen zurückgegriffen werden. Die Regelungen sollten sich jedoch nicht in einer unkritischen Kodifikation der Rechtsprechung erschöpfen, sondern eine eigene Regelung treffen. Allerdings treffen die Mitgliedstaaten auf etliche Schwierigkeiten im politischen Willensbildungsprozess, um das im jeweiligen Verfahren erforderliche Entscheidungsquorum zu erreichen. Schwierigkeiten, das erforderliche Quorum zu erreichen, können nur zum Teil über Opt-out-Lösungen oder die verstärkte Zusammenarbeit einiger weniger Mitgliedstaaten gelöst werden. Die Kodifizierung der von den Urteilen erfassten Sachbereiche würde nicht nur das Demokratiedefizit mildern und die Steuerungsmöglichkeiten verbessern, sondern auch die Rechtssicherheit und den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten stärken.

Auch die offene Methode der Koordinierung könnte die positive Integration im Tourismusbereich stärken, selbst wenn der Erlass rechtsverbindlicher Maßnahmen durch sie nicht möglich ist. Außerdem würde eine Querschnittsklausel im Tourismusbereich zumindest die Achtung der Ziele der Tourismuspolitik bei der Durchführung von Politiken in anderen Bereichen unterstreichen und den Tourismus für den Gesetzgeber sichtbarer machen. Die verbesserte Integration nationaler Parlamente in den Rechtsetzungsprozess auf europäischer Ebene würde die demokratische Legitimation der Gesetzgebungsakte im Rahmen der positiven Integration steigern. Mit Einführung des Art. 12 EUV wurde bereits

ein Zeichen gesetzt. Inwiefern die nationalen Parlamente über die Subsidiaritätsrüge hinaus echten Einfluss auf den europäischen Rechtsetzungsprozess nehmen können, müssen die einzelnen Mitgliedstaaten festlegen.

Bis auf die offene Methode der Koordinierung, die Nutzung von Kompetenzen in angrenzenden Bereichen und die Reaktion des Sekundärrechts auf die Rechtsprechung müsste für die unterschiedlichen Ansätze zur Stärkung der positiven Integration eine Änderung der Unionsverträge nach Art. 48 EUV erfolgen. Das ordentliche Vertragsänderungsverfahren sieht die Durchführung eines Konvents mit anschließender Ratifizierung der Änderungen in allen Mitgliedstaaten vor. Auch nach dem vereinfachten Vertragsänderungsverfahren bedarf es zumindest eines einstimmigen Ratsbeschlusses. In einer Union von 28 heterogenen Mitgliedstaaten ist es unwahrscheinlich, dass eine Einigung bezüglich der Änderungsvorschläge zustande kommt. Auch die Nutzung der Kompetenzen aus angrenzenden Bereichen und die Kodifizierung der Rechtsprechung durch Sekundärrecht erfordert – je nach herangezogener Kompetenzgrundlage – eine qualifizierte Mehrheit oder Einstimmigkeit im Rat. Wegen dieser zahlreichen im Bereich der Mehrheitsfindung angesiedelten Hindernisse für die Stärkung der positiven Integration ist zur Abmilderung der Diskrepanz auch beim Modus der negativen Integration anzusetzen.

B. Eingrenzung der negativen Integration im Tourismusbereich

Zur Abmilderung der Asymmetrie lässt sich die positive Integration stärken und auch die negative Integration auf ein Maß zurückführen, welches den Mitgliedstaaten Gestaltungsfreiheit in ihrem Zuständigkeitsbereich belässt.¹¹⁷⁷ Ein Teil der Literatur fordert, dass der EuGH nicht nur als Motor der Integration, sondern als neutrales (Verfassungs-)Gericht agieren solle.¹¹⁷⁸ Der aktuelle Integrationsstand erfordere – um die Integrationsbereitschaft der Mitgliedstaaten nicht noch weiter zu belasten und die Funktionsfähigkeit der Union zu erhalten – nicht mehr eine evolutive, sondern eine stabilisierende Wirkung der Rechtsprechung.¹¹⁷⁹ Dementsprechend sollen die folgenden Vorschläge den Integrationsprozess nicht umkehren. Sie dienen vielmehr dazu, auf dem erreichten Integrationsniveau eine dem bestehenden Kompetenzkatalog entsprechende, sachgerechte Zuteilung der Funktion

¹¹⁷⁷ Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, S. 8.

¹¹⁷⁸ Dobler, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 541/550; Wolf-Niedermaier, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik, S. 266ff.; hinsichtlich der Rechtsprechung zur Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten: Streinz, Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der EG, in: Due/Lutter/Schwarze, Festschrift Everling, S. 1491, 1509.

¹¹⁷⁹ Pernthaler, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl. 2000, S. 691, 699; siehe dazu auch von Danwitz, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuR 2008, S. 769, 773.

zu gewährleisten.¹¹⁸⁰ Die Rolle des EuGH soll in Zukunft darin bestehen, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Weiterentwicklung des Unionsrechts und der Erhaltung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten zu finden. Dieser Rolle eines neutralen Schiedsrichters kommt der EuGH bisher nicht nach und interpretiert das Unionsrecht vorrangig unter der Prämisse einer immer enger werdenden Union der Völker Europas.¹¹⁸¹

I. Möglichkeiten der Eingrenzung der EuGH-Urteile

Es gibt verschiedene Ansatzpunkte, um die Wirkung der Urteile des EuGH einzugrenzen.

1. Ungehorsam des betroffenen Mitgliedstaates gegenüber dem EuGH

Die wohl krasseste Form der Eingrenzung der Wirkung der EuGH-Urteile wäre der Ungehorsam der betroffenen Mitgliedstaaten.

a) Aufkündigung der Präjudizwirkung der Urteile des Gerichtshofs

Wie bereits dargestellt erwägen einzelne Mitgliedstaaten oder deren Institutionen, Urteilen des EuGH keine Folge mehr zu leisten. *Scharpf* regt an, dass die Mitgliedstaaten kollektiven Ungehorsam gegenüber den Entscheidungen des EuGH ausüben könnten.¹¹⁸² Bisher wurde auf europäischer Ebene eine gegenteilige Strategie verfolgt und verschärfte Sanktionsmöglichkeiten durch die Einführung des Art. 260 AEUV geschaffen.¹¹⁸³ Dieser sieht vor, dass gegen Mitgliedstaaten, welche die Umsetzung einer Richtlinie unterlassen oder einem Urteil des EuGH nicht nachkommen, eine finanzielle Strafe verhängt werden kann. Trotz dieser Regelung soll die Anerkennung der Legitimität der Urteile durch die Mitgliedstaaten nicht erzwingbar sein.¹¹⁸⁴ Daher wird zum Teil angedacht, dass ein Staat die Präjudizwirkung konkreter Urteilsgründe aufkündigen und seine Staatsorgane anweisen kann, in ähnlichen Fällen – zumindest bis zu einer höchstgerichtlichen Klärung – nach alter Vorgehensweise zu handeln.¹¹⁸⁵ Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts greife nämlich erst, wenn in einem weiteren Verfahren das nationale Gericht den Fall dem EuGH

¹¹⁸⁰ Vgl. auch *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 17.

¹¹⁸¹ *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, NJW 2009, S. 1841ff.

¹¹⁸² *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 89, 97.

¹¹⁸³ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 260 AEUV, Rn. 10.

¹¹⁸⁴ *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 89, 97.

¹¹⁸⁵ *Scharpf*, Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration, S. 89, 97.

zur Vorabentscheidung vorlegt.¹¹⁸⁶ Ein Mitgliedstaat könnte das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens bewusst in Kauf nehmen, da einer Verurteilung viele Schritte vorausgehen, sodass die betroffene Regierung die Entscheidung des EuGH hinauszögern kann. Außerdem kann sie den Rechtsverstoß zur Vermeidung von Nachteilen in einem fortgeschrittenen Stadium des Verfahrens noch beheben.¹¹⁸⁷

Um einen missbräuchlichen Ungehorsam zu vermeiden, wird vorgeschlagen, die Nichtbefolgung eines Urteils von einem entsprechenden Ratsbeschlusses abhängig zu machen. Die mitgliedstaatliche Regierung müsste den Rat anrufen, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Urteil nicht vom politischen Willen der Union gedeckt sei. Bestätigt der Rat das Urteil mit einer qualifizierten Mehrheit, müsste es auch der protestierende Mitgliedstaat akzeptieren.¹¹⁸⁸ Die dem Urteil nachgeschaltete Ratserlaubnis soll ausgleichen, dass der EuGH Maßnahmen der Mitgliedstaaten, mit denen diese legitime nationale Zwecke verfolgen, oft zu einseitig behandelt. Statt eine ausgewogene Abwägung zwischen der mit den Maßnahmen verbundenen Binnenmarktbeschränkung und der Relevanz der Maßnahme für die Verwirklichung nationaler Ziele vorzunehmen, stuft der EuGH die Maßnahme häufig als unionsrechtswidrig ein.¹¹⁸⁹ Der Rat ist als ausbalancierendes Organ prädestiniert, da in ihm alle Mitgliedstaaten vertreten sind. Diese können die Probleme eines verurteilten Mitgliedstaates nachvollziehen, wollen gleichzeitig aber auch verhindern, dass ein einzelner Mitgliedstaat hinsichtlich seiner nationalen Interessen übermäßige Vorteile genießt.¹¹⁹⁰

Im Ergebnis ist der Vorschlag jedoch kritisch zu bewerten. Selbst wenn der Rat den Ungehorsam absegnete, würde die Nichtbeachtung einzelner Urteile das Selbstverständnis der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft dermaßen in Frage stellen, dass die Union in eine Verfassungskrise gestürzt würde.¹¹⁹¹ Die Befolgung der Urteile des EuGH durch die Mitgliedstaaten und somit dessen Autorität würde über den konkreten Einzelfall hinaus in Frage gestellt.¹¹⁹² Eine Verurteilung durch den EuGH wäre nicht mehr endgültig, sondern stets politisch verhandelbar.¹¹⁹³ Das europäische Recht würde zu einem Fli-

¹¹⁸⁶ Höreth, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 109.

¹¹⁸⁷ Höreth, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 109.

¹¹⁸⁸ Scharpf, Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen, Interview, in: Mitbestimmung 7+8, 2008, S. 18, 23.

¹¹⁸⁹ Höreth, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 193.

¹¹⁹⁰ Scharpf, Legitimacy in the multilevel european polity, European Political Science Review 2009, S. 173, 199f.

¹¹⁹¹ Dies erkennt auch Scharpf, Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen, Interview, in: Mitbestimmung 7+8, 2008, S. 18, 22.

¹¹⁹² Wolf-Niedermaier, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik, S. 269.

¹¹⁹³ Höreth, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 197.

ckenteppich werden.¹¹⁹⁴ Außerdem bestünde die Gefahr, dass der EuGH – sollten viele seiner Urteile durch eine Ministererlaubnis gekippt werden – sich in seiner Rechtsprechung an der Meinung der einflussreichen Mitgliedstaaten orientiert.¹¹⁹⁵ Darüber hinaus würde eine Ratserslaubnis, die im Anschluss an Vertragsverletzungsverfahren ergeht, nicht den notwendigen Ausgleich zwischen negativer und positiver Integration herbeiführen, da eine Vielzahl der Urteile, die der negativen Integration Vorschub leisten, auf Vorabentscheidungsverfahren und nicht auf Vertragsverletzungsverfahren zurückzuführen sind.¹¹⁹⁶

b) Boykott des Vorlageverfahrens

Eine andere Form des Ungehorsams gegenüber Urteilen des EuGH wäre der Boykott der Vorabentscheidungsverfahren, der zu einer Verringerung der vom EuGH zu entscheidenden Fälle führen würde. Vereinzelt werden solche Vorlageboykotte, die jedoch zumeist nicht lange anhielten, bereits identifiziert.¹¹⁹⁷ Da das Vorlageverfahren die Macht der unterinstanzlichen Gerichte erweitert, werden diese auch in Zukunft die Vorlagen an den EuGH praktizieren.

2. Politisch kontrollierte Opt-outs zum Schutz des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten

Angelehnt an den Vorschlag einer der Verurteilung durch den EuGH nachfolgenden Ratserslaubnis ist die Idee eine Ratserslaubnis einzuführen, die vor Erlass eines Urteils Mitgliedstaaten die Abweichung von primärem und sekundärem Unionsrecht erlaubt. Da diese Form der Ministererlaubnis einer drohenden Verurteilung durch den EuGH vorgeschaltet wäre, würde ein offener Konflikt zwischen dem Urteil des EuGH und dem anschließenden Verhalten des Mitgliedstaates vermieden werden. Strukturell ähnlich verfuhr bereits der Eco-Fin-Rat bei der Verletzung des Stabilitätspaktes, indem er das vertraglich vorgesehene Defizitverfahren gegen Frankreich und Deutschland durch einen Ratsbeschluss aussetzte. Mit diesem im Vertrag nicht vorgesehenen Ratsbeschluss zog der Rat die politische Notbremse und verhinderte eine offene Non-Compliance der beiden Mitgliedstaaten mit dem Stabilitätspakt.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁴ *Weiler*, The autonomy of the community legal order: Through the looking glass, in: *Weiler*, The Constitution of Europe, S. 286, 307.

¹¹⁹⁵ *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, *Der Staat* 50 (2011), S. 191, 197.

¹¹⁹⁶ *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: *Haltern/Bergmann*, *Der EuGH in der Kritik*, S. 73, 86.

¹¹⁹⁷ *Haltern*, *Europarecht*, Bd. II, S. 295 zum Vorlageboykott nach dem Urteil des EuGH vom 4.12.1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, S. 1337 – van Duyn.

¹¹⁹⁸ *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, *Der Staat* 50 (2011), S. 191, 198.

Allerdings gelten die Nachteile, die bereits bezüglich der nachträglichen Ratserlaubnis aufgeführt wurden, auch hinsichtlich einer der Verurteilung durch den EuGH vorgeschalteten Ratserlaubnis. Lediglich die Autorität des EuGH würde weniger stark untergraben, da es zu keiner offenen Non-Compliance mit einem seiner Urteile kommt. Allerdings setzt die einer möglichen Verurteilung vorgeschaltete Ratserlaubnis die Durchführung eines Vertragsänderungsverfahrens und somit die Zustimmung aller 28 Mitgliedstaaten voraus, sodass die Einführung einer Ratserlaubnis wohl nicht realisierbar ist.¹¹⁹⁹

3. Einführung von Sondervoten beim EuGH

Ein milderes Mittel als die Einführung einer Ratserlaubnis könnte die Zulassung und Veröffentlichung von Sondervoten beim EuGH sein.¹²⁰⁰

a) Dissentierungsverbot als Status quo

Beim EuGH besteht seit seiner Gründung ein Dissentierungsverbot. Art. 35 der Satzung bestimmt, dass Beratungen des Gerichtshofs geheim sind und bleiben. Nach Art. 36 der Satzung ist jede Entscheidung zu begründen und enthält die Namen aller beteiligten Richter. Das Beratungsergebnis ist nach Art. 2 der Satzung zu wahren. Von einem Urteil abweichende Meinungen werden somit nicht öffentlich kundgetan und die Urteile als einvernehmliches Ergebnis des gesamten Richterkollegiums präsentiert. Da der Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet,¹²⁰¹ attestiert *Rasmussen* dem EuGH „eine jahrzehntealte Obsession für an Geheimniskrämerei grenzende Verschwiegenheit“.¹²⁰² Auch die Generalanwälte dürfen nach einem internen Verhaltenskodex ihre Schlussanträge nicht öffentlich argumentativ verfolgen, soweit sie vom EuGH nicht übernommen wurden.¹²⁰³

b) Sondervoten an anderen obersten Gerichten

An anderen obersten und internationalen Gerichten, die ebenfalls eine politische Rolle einnehmen, sind Sondervoten zulässig. Dies gilt für den U.S. Supreme Court, den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sowie für viele oberste Gerichte und Verfassungs-

¹¹⁹⁹ *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, *Der Staat* 50 (2011), S. 191, 195.

¹²⁰⁰ Sondervoten, also abweichende Meinungen, können in „dissenting opinions“ in Bezug auf die Urteilsätze und in „concurring opinions“ in Bezug auf die Entscheidungsgründe unterteilt werden, vgl. *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, *Der Staat* 50 (2011), S. 191, 202.

¹²⁰¹ *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 73, 104.

¹²⁰² *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 113, 116.

¹²⁰³ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 113, 145.

gerichte der Mitgliedstaaten.¹²⁰⁴ Auch beim Bundesverfassungsgericht wurden Sondervoten im Jahr 1970 auf Initiative der Richter eingeführt, wodurch die Autorität des Gerichts letztlich gestärkt wurde.¹²⁰⁵ Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts konnten und wollten als politisch handelnde, d.h. unmittelbar in den politischen Prozess einbezogene Akteure nicht länger die Fiktion eines oberhalb des gesellschaftlichen Pluralismus angesiedelten Entscheidungskörpers aufrechterhalten.¹²⁰⁶

c) Fazit zur Einführung von Sondervoten am EuGH

Die bisherige Regelung vermittelt den Anschein der Einstimmigkeit und stärkt zunächst die Autorität und Legitimität der EuGH-Urteile. Dies war in der Anfangszeit wichtig, um von anderen Akteuren auf europäischer Ebene und den Mitgliedstaaten respektiert zu werden.¹²⁰⁷ Diese Funktion des Dissentierungsverbotes ist jedoch überholt. Die Bürger im 21. Jahrhundert gehen nicht davon aus, dass alle Richter aus 28 unterschiedlichen Mitgliedstaaten immer einer Meinung sind.¹²⁰⁸ Auch in der Praxis wurden bisher die meisten Urteile der Großen Kammer des EuGH von knappen Mehrheiten getragen.¹²⁰⁹ Beispielsweise beruht das wegweisende Urteil über die unmittelbare Anwendbarkeit des Europarechts auf einer denkbar knappen vier zu drei Mehrheit.¹²¹⁰ Die Einführung von Sondervoten würde diesem Meinungspluralismus und der nicht bestreitbaren politischen Rolle des Gerichtshofs gerecht werden. Dabei sollen Sondervoten nicht das Beratungsgeheimnis nach Art. 2 der Satzung auflösen, sondern lediglich die „the-winner-is-the-majority-and-takes-it-all“-Kultur beenden.¹²¹¹ Darüber hinaus würden Sondervoten dem EuGH die Möglichkeit eröffnen, überkommene dogmatische Grundentscheidungen einfacher und

¹²⁰⁴ *Machacek*, Die Einrichtung des „Dissenting Opinion“ im internationalen Vergleich, JRP 1999, S. 1, 2ff.; zu Sondervoten beim US-Supreme Court, siehe *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 204ff.; *Gundel*, Gemeinschaftsrichter und Generalanwälte als Akteure des Rechtsschutzes, in: Müller-Graff/Scheuing, Europarecht Beiheft 3/2008, S. 23, 29.

¹²⁰⁵ *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 233; *Machacek*, Die Einrichtung der „Dissenting Opinion“ im internationalen Vergleich, JRP 1999, S. 1, 7; *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und das Sondervotum, JRP 1999, S. 10ff.; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 51.

¹²⁰⁶ *Lietzmann*, Kontingenz und Geheimnis – Die Veröffentlichung von Sondervoten beim Bundesverfassungsgericht, in: van Ooyen/Möllers, Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, S. 269, 279.

¹²⁰⁷ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 180.

¹²⁰⁸ *Baudenbacher/Bergmann*, Der EuGH außer Kontrolle?, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 191, 261.

¹²⁰⁹ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 123.

¹²¹⁰ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 141, 163.

¹²¹¹ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 141.

nachvollziehbarer zu revidieren.¹²¹² Bisher ist der EuGH in seinen früheren Präzedenzfällen gefangen. Diese Pfadabhängigkeit führt dazu, dass der EuGH auf vor Jahrzehnten entwickelte Prinzipien zurückgreift, die zur damaligen Zeit richtig gewesen sein mögen, nach der Fortentwicklung des Unionsrechts jedoch nicht mehr erforderlich sind. Ein vorausgehendes Sondervotum könnte eine Rechtsprechungsänderung hingegen behutsam einläuten und die Rechtsunsicherheit abmildern, die mit einer plötzlichen Rechtsprechungsänderung einherginge.¹²¹³ Sondervoten würden den Argumentationsvorrat des EuGH erheblich erweitern, der momentan vornehmlich aus Primärrecht, dem Geist der Verträge und eigenen Leitentscheidungen besteht.¹²¹⁴ Auch können die derzeit möglichen Schlussanträge der Generalanwälte richterliche Sondervoten nicht ersetzen.¹²¹⁵ Ein Rückgriff des Gerichtshofs auf Schlussanträge, denen er zunächst nicht folgte, findet in der Praxis nicht statt.¹²¹⁶ Außerdem wird zu mehr als der Hälfte der Rechtssachen kein Schlussantrag vorbereitet. Nach Art. 20 Abs. 5 der Satzung des Gerichtshofs kann auf einen Schlussantrag verzichtet werden, wenn keine neuen Rechtsfragen aufgeworfen werden. Dies galt im Jahr 2012 immerhin für 53 % der Rechtssachen.¹²¹⁷

Des Weiteren liegt es nahe, dass sich die argumentative Qualität der Urteile durch die Zulassung von abweichenden Meinungen erhöht, denn die richterliche Mehrheit würde ihre Entscheidung immer in der Erwartung schreiben, dass ein Teil der Minderheit alternative Argumente offenlegt.¹²¹⁸ Ein weiterer nicht zu vernachlässigender Vorteil der Einführung von Sondervoten wäre, dass der auf den EuGH ausgeübte Druck nicht – wie bei einer Ministererlaubnis – von außen käme. Stattdessen entstünde ein gerichtsinterner Druck, der dem EuGH erlauben würde, seine institutionelle Unabhängigkeit zu wahren.¹²¹⁹ Der einzige ersichtliche Nachteil von Sondervoten könnte darin bestehen, dass die Sichtbarkeit der persönlichen Entscheidungen die richterliche Unabhängigkeit der Richter gefährdet. Dieser Nachteil ließe sich beispielsweise durch die Verlängerung der Amtszeit von derzeit

¹²¹² Siehe zur Übernahme der Argumentation des Sondervotums von Böckenförde zur Parteienfinanzierung durch das Bundesverfassungsgericht in einer späteren Entscheidung, BVerfGE 73, S. 40, 103; BVerfGE 85, S. 264, 286/314; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 52; *Halter/Bergmann*, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 1, 23; siehe zur Wirkung von Sondervoten beim US-Supreme Court hinsichtlich Rechtsprechungsänderungen: *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 210.

¹²¹³ *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 112.

¹²¹⁴ *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 219.

¹²¹⁵ Andere Auffassung *Maduro*, Interpreting European Law, in: Koch/Hagel-Sorensen/Halter/Weiler, Festschrift Rasmussen, S. 457, 471.

¹²¹⁶ *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 219.

¹²¹⁷ Vgl. den Jahresbericht des Gerichtshofes von 2012, S. 11, abrufbar unter: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_de_proof_01.pdf

¹²¹⁸ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 181.

¹²¹⁹ *Höreth*, Richter contra Richter: Sondervoten am EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 223.

sechs Jahren abwenden.¹²²⁰ Hinsichtlich der Umsetzung hat die Einführung von Sondervoten den großen Vorteil, dass es keines Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 EUV bedürfte. Die erforderlichen Änderungen beschränken sich auf die Satzung des Gerichtshofs. Gemäß Art. 281 AEUV kann der vorliegend relevante Teil der Satzung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV geändert werden, welches nur eine qualifizierte Mehrheit erfordert.¹²²¹

Sondervoten können zwar die negative Integration an sich nicht selbst eingrenzen. Sie können jedoch die aufgeführten Kritikpunkte der negativen Integration, wie Rechtsunsicherheit, abmildern. Außerdem würden sie dem EuGH die Möglichkeit eröffnen, behutsam seine Rechtsprechung zu ändern. Insgesamt sind sie eine realistische Option für die Reduzierung der unerwünschten Folgen der negativen Integration.

4. Bildung eines europäischen Kompetenzgerichts

Zur Eingrenzung der Wirkung der Urteile des EuGH kommt auch die Einführung eines europäischen Kompetenzgerichts in Betracht.¹²²² Dieses Gericht müsste die Einhaltung der Kompetenzordnung und des Subsidiaritätsprinzips prüfen und dabei die Interessen der Union und der Mitgliedstaaten gleichermaßen berücksichtigen. Es wird meist vorgeschlagen, das Kompetenzgericht mit Richtern der mitgliedstaatlichen Verfassungs- und/oder obersten Gerichte und Richtern des EuGH zu besetzen.¹²²³ Manche sind der Ansicht, dass nur Richter der mitgliedstaatlichen Gerichte an dem neu zu schaffenden Gerichtshof tätig werden sollten.¹²²⁴ Wenn es zur Einführung eines Kompetenzgerichts kommen sollte, könnte nur ein gemischtes Kompetenzgericht glaubhaft machen, die Interessen der Mitgliedstaaten und der Union gleichrangig zu berücksichtigen.¹²²⁵

Statt der Einführung eines Kompetenzgerichts ließe sich auch ein Verfassungsrat nach französischem Vorbild gründen, der von den Mitgliedstaaten und dem EuGH besetzt wird

¹²²⁰ Höreth, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 112; Höreth, Richter contra Richter: Sondervoten am EuGH, Der Staat 50 (2011), S. 191, 225.

¹²²¹ Rasmussen, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 160.

¹²²² Herzog/Gerken, Stoppt den EuGH, FAZ vom 8.09.2008, Nr. 210, S. 8; Mayer, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV (61) 2001, S. 577, 603ff.; Broß, Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, VerwA 92 (2001), S. 425, 429; Goll/Kenntner, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht?, EuZW 2002, S. 101ff.; Biering, Has the Court of Justice ever taken Integration too far?, in: Koch/Hagel-Sorensen/Haltern/Weiler, Festschrift Rasmussen, S. 57, 65ff.

¹²²³ Broß, Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, VerwA 92 (2001), S. 425, 429; Goll/Kenntner, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht?, EuZW 2002, S. 101, 105.

¹²²⁴ Weiler, The European Union belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals, ELRev. 1997, S. 150, 155; Mayer, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV (61) 2001, S. 577, 603.

¹²²⁵ Thürer, Demokratie in Europa: Staatsrechtliche und europarechtliche Aspekte, in: Due/Lutter/Schwarze, Festschrift Everling, S. 1561, 1569; Höreth, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 73, 80.

und präventiv – vor Inkrafttreten der Maßnahme eines Unionsorgans – Kompetenzüberschreitungen prüft.¹²²⁶ Ein solcher Verfassungsrat wäre aber nur beratend tätig und könnte kompetenzüberschreitende Rechtsakte des EuGH letztlich nicht revidieren.

a) **Klassische Zuständigkeiten des Kompetenzgerichts**

Klassische Anwendungsfälle scheinen zunächst echte Kompetenzstreitigkeiten beispielsweise über den Bestand und die Reichweite der Ermächtigung zum Erlass von Sekundärrecht zu sein. Auch im Tourismusbereich besteht in dieser Hinsicht Potential für Kompetenzkonflikte. Die genauen Grenzen der neu eingeführten Kompetenznorm Art. 195 AEUV müssen erst ausgelotet werden. Sowohl der Inhalt als auch die Handlungsformen sind nicht klar definiert, sodass aufgrund der beschriebenen Abgrenzungsschwierigkeiten Konfliktpotential besteht. Auch andere offene Fragen, wie die Bedeutung der offenen Methode der Koordinierung oder das Verhältnis des Harmonisierungsverbotes der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen bei der Rechtsetzung nach der Kompetenz zur Binnenmarktharmonisierung wurden durch den Vertrag von Lissabon nicht geklärt und wären somit potentielle Fälle für ein Kompetenzgericht.¹²²⁷

b) **Überprüfung der Urteile des EuGH durch das Kompetenzgericht**

Auch die im Tourismusbereich besonders relevante Rechtsprechung zu transnationalen Integrationsnormen hat einen kompetenzrechtlichen Bezug.¹²²⁸ Durch die weite Auslegung dieser Normen nimmt die Rechtsprechung des EuGH Einfluss auf Regelungsbereiche, die nach der vertraglichen Kompetenzabgrenzung ausschließlich oder schwerpunktmäßig den Mitgliedstaaten zugeschrieben sind.¹²²⁹ Hierzu zählen insbesondere der Tourismusbereich sowie Strafrechtspflege, Strafprozessrecht, Staatsangehörigkeitsrecht sowie die Kultur-, Umwelt- und Industriepolitik. Denkbare Aufgabe des Kompetenzgerichts wäre eine Überprüfung dieser Urteile des EuGH.

¹²²⁶ *Weiler*, The European Union belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals, ELRev. 1997, S. 150, 155; *Mayer*, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), S. 577, 604.

¹²²⁷ *Ludwigs*, Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa, ZEuS 2004, S. 211, S. 232/249.

¹²²⁸ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 721; *de Burca*, The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, JCMS 1998, S. 217, 222.

¹²²⁹ Siehe auch *Bücheler*, Diskriminierung, Beschränkung und Keck-Mithouard, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 335, 340.

c) **Stellungnahme**

Auch wenn die Idee der Einbeziehung nationaler Richter in kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen zu begrüßen ist, sprechen wohl die besseren Argumente gegen die Errichtung eines Kompetenzgerichts. Zum einen ist nach Art. 263 AEUV des geltenden Vertrages die Rolle des Verfassungs- und somit auch Kompetenzgerichts bereits dem EuGH zugewiesen.¹²³⁰ Art. 263 Abs. 2 AEUV begründet sogar explizit seine Zuständigkeit für Klagen wegen Unzuständigkeit. Seine Rolle als Wahrer des Rechts innerhalb der Europäischen Union würde durch die Einrichtung eines Kompetenzgerichts erschüttert werden.¹²³¹ Den Richtern würde außerdem signalisiert, dass sie bisher in Kompetenzstreitigkeiten die nötige Unparteilichkeit haben vermissen lassen.¹²³² Außerdem wäre das Kompetenzgericht eine Superrevisionsinstanz über dem EuGH, da Kompetenzfragen nicht isoliert, sondern in Verbindung mit Sachfragen auftreten und potentiell jedes Urteil des EuGH außerhalb der Kompetenzen liegen kann.¹²³³ Eine vor dem EuGH unterlegene Partei wäre stets versucht, das Kompetenzgericht anzurufen. Dies gilt insbesondere bezüglich der Überprüfung der beschriebenen kompetenzrechtlichen Dimension der Rechtsprechung zu den transnationalen Integrationsnormen. Außerdem würde ein Kompetenzgericht nicht nur die Autorität des EuGH auf Dauer schwächen, sondern die zu klärende kompetenzrechtliche Problematik lediglich auf eine andere (höhere) Ebene verschieben.¹²³⁴

II. **Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung**

Die Reduzierung der Rechtsfortbildung durch den EuGH würde ebenso die negative Integration begrenzen. Rechtsfortbildung durch den EuGH nimmt Einfluss auf die verfassungsrechtlich intendierter Gewaltenbalance sowohl zwischen den Organen der Europäischen Union als auch zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.¹²³⁵ Um das institutio-

¹²³⁰ Siehe auch *Mayer*, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, *ZaöRV* 61 (2001), S. 577, 608.

¹²³¹ *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, *NJW* 2009, S. 1841, 1842.

¹²³² *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 73, 81.

¹²³³ *Everling*, Zur verfehlten Forderung nach einem Kompetenzgericht der Europäischen Union, in: Müller/Osterloh/Stein, *Festschrift Hirsch*, S. 63, 70; *Mayer*, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, *ZaöRV* 61 (2001), S. 577, 609; *Höreth*, Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 73, 81.

¹²³⁴ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: Haltern/Bergmann, *Der EuGH in der Kritik*, S. 113, 178; *Scharpf*, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market economy“, *Socio-Economic Review* 2010, S. 211, 243; *Scharpf*, Legitimacy in the multilevel european polity, *European Political Science Review* 2009, S. 173, 199/200.

¹²³⁵ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 36; *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts *NJW* 2005, S. 929, 930; *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, *NJW* 2009, S. 1841, 1843.

nelle Gleichgewicht und den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zu bewahren, müssen der richterlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH Grenzen gesetzt sein.¹²³⁶ Vorliegend ist insbesondere die Grenze zur politischen Gestaltung interessant,¹²³⁷ denn das Selbstverständnis des EuGH führt dazu, dass er nicht nur eine judikative Funktion ausübt, sondern auch eine politische.¹²³⁸ Wie bereits beschrieben, wurde die Tätigkeit des EuGH als Motor der Integration in Zeiten politischen Stillstands begrüßt. Allerdings kann weder das Untätigbleiben des europäischen Gesetzgebers noch der Wunsch nach mehr Integration per se die richterliche Rechtsfortbildung legitimieren.¹²³⁹ Die Grenzen der Rechtsfortbildung sind im Primärrecht enger zu ziehen als im Sekundärrecht, da für Änderungen des Primärrechts auf politischer Ebene Einstimmigkeit erforderlich gewesen wäre. Beim Sekundärrecht verhält sich die Grenze entsprechend der Mehrheitserfordernisse für den Erlass eines Rechtsakts.¹²⁴⁰ Dies bedeutet engere Grenzen im Falle des Einstimmigkeitserfordernisses gegenüber mehr Spielraum des EuGH für den Fall, dass lediglich eine bestimmte Mehrheit erforderlich ist.

1. Grenzen bei der Lückenfüllungsfunktion

Rechtsfortbildung bedarf zunächst einer Lücke im Unionsrechtssystem.¹²⁴¹ Eine solche darf vom EuGH nur in Bereichen angenommen werden, deren Regelung in der Kompetenz der Union und nicht der Mitgliedstaaten liegt.¹²⁴² Folglich ist die richterliche Rechtsfortbildung durch die Ausfüllung von Regelungslücken nur in Bereichen zulässig, die der Unionskompetenz unterstehen. Sieht der Vertrag ein Tätigwerden der zur Gesetzgebung bestimmten Unionsorgane vor und bleibt ein solches aus, kann der EuGH nach Ablauf einer angemessenen Frist die entstandene Lücke ausfüllen.¹²⁴³ Dabei muss er beachten, dass die Untätigkeit des europäischen Gesetzgebers Ausdruck einer integrationspolitischen Entscheidung sein kann, sei es auch nur einer Nichteinigung der Mitgliedstaaten, die vom EuGH zu respektieren ist.¹²⁴⁴ Haben die Mitgliedstaaten einen Integrationsschritt nicht

¹²³⁶ Vgl. *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193, 209.

¹²³⁷ *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, *NJW* 2005, S. 929, 932.

¹²³⁸ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: *Halter/Bergmann*, Der EuGH in der Kritik, S. 113, 167; *Mancini*, The Making of a constitution for Europe, *CMLRev.* 26 (1989), S. 595ff.

¹²³⁹ *Möllers*, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, *EuR* 1998, S. 20, 29.

¹²⁴⁰ *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 157; *Rasmussen*, On law and policy in the European Court of Justice, S. 62.

¹²⁴¹ Versuch der Einteilung verschiedener Lücken bei *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 83ff.

¹²⁴² *Neuner*, Die Rechtsfortbildung, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, S. 245, 255f..

¹²⁴³ *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 144f.

¹²⁴⁴ *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 133; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: *Roth/Hilpold*, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 547; *Dänzer-Vanotti*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: *Due/Lutter/Schwarze*, Festschrift *Everling*, S. 205, 218f.; *Mittmann*, Die Rechtsfortbildung

vorgenommen oder sogar versucht, Abstriche von der Integration zugunsten einzelstaatlicher Entscheidungsgewalt zu machen, sollte der EuGH keine weitergehende Integration herbeiführen. Auch das Bundesverfassungsgericht warnt den EuGH in seinem *Maastricht-Urteil* vor einer Überstrapazierung der richterlichen Rechtsfortbildung.¹²⁴⁵ Wörtlich führt es aus:

„Wenn eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge sich bisher auf eine großzügige Handhabung des Art. 235 EWGV im Sinne einer „Vertragsabrundungskompetenz“ (...) und auf eine Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse („*effet utile*“) gestützt hat (...), so wird in Zukunft bei der Auslegung von Befugnisnormen (...) zu beachten sein, dass der EU-Vertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf (...).“¹²⁴⁶

Das Bundesverfassungsgericht stellt sogar in Aussicht, dass eine Rechtsprechung *ultra vires* in Deutschland keine Wirkung entfalten würde.¹²⁴⁷ Dabei stützt es sich vornehmlich auf das Kompetenzverhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten und fordert den EuGH indirekt auf, das vertraglich vorgesehene Vertragsänderungsverfahren durch die Rechtsprechung nicht zu umgehen. Im *Lissabon-Urteil* wiederholt das Bundesverfassungsgericht seine Warnung und führt aus:

„Wenn im europäischen Integrationsprozess das Primärrecht durch Organe verändert oder erweiternd ausgelegt wird, entsteht eine verfassungsrechtlich bedeutsame Spannungslage zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und zur verfassungsrechtlichen Integrationsverantwortung des einzelnen Mitgliedstaates. (...) wenn die Organe Zuständigkeiten neu begründen, erweiternd abrunden oder sachlich ausdehnen dürfen, laufen sie Gefahr, das vorherbestimmte Integrationsprogramm zu überschreiten und außerhalb ihrer Ermächtigung zu handeln. Sie bewegen sich auf einem Pfad, an dessen Ende die Verfügungsgewalt über ihre vertraglichen Grundlagen steht, das heißt die Kompetenz, über ihre Kompe-

durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, S. 220; *Jochum*, Die Zukunft der Unternehmensbesteuerung in Europa, in: *Hatje/Terhechte*, *Europarecht Beiheft* 2/2006, S. 33, 47.

¹²⁴⁵ *Streinz*, Der „*effet utile*“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der EG, in: *Due/Lutter/Schwarze*, *Festschrift Everling*, S. 1491, 1502.

¹²⁴⁶ BVerfGE 89, S. 155, 210 mit Anmerkung zur Rolle des EuGH *Schröder*, Das BVerfG als Hüter des Staates im Prozess der europäischen Integration, *DVBl.* 1994, S. 316, 323; *Meessen*, *Maastricht nach Karlsruhe*, *NJW* 1994, S. 549, 552.

¹²⁴⁷ BVerfG 89, S. 155, 210.

tenzen zu disponieren.”¹²⁴⁸

Der zentrale letzte Satz dieses Zitats ist an den EuGH adressiert und soll diesem verdeutlichen, dass er gerade nicht über eine Kompetenz-Kompetenz verfügt.¹²⁴⁹

Allerdings hat des Bundesverfassungsgericht – trotz dieser Warnungen – in seinem *Honeywell*-Beschluss¹²⁵⁰, welcher die Rechtsprechung des EuGH in der umstrittenen *Mangold*-Entscheidung¹²⁵¹ zum Gegenstand hatte, die Ultra-vires-Kontrolle der Urteile des EuGH, zurückhaltend und europarechtsfreundlich ausgeübt. Danach muss der Kompetenzverstoß des Gerichtshofs hinreichend qualifiziert sein, was voraussetzt, dass er offensichtlich ist und zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung im Kompetenzgefüge zu Lasten der Mitgliedstaaten führt.¹²⁵²

In der im Jahr 2016 ergangenen *OMT*-Entscheidung zum Kauf von Staatsanleihen durch die EZB hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls die Ultra-vires-Kontrolle ausgeübt.¹²⁵³ Diese wurde zusätzlich mit einer Identitätskontrolle, mit der die Verfassungsgrundsätze in Art. 79 Abs. 3 GG gesichert werden sollen, verknüpft wodurch das Bundesverfassungsgericht seinen Letztentscheidungsanspruch nochmals unterstreicht.¹²⁵⁴ Im Ergebnis hält das Gericht den Beschluss des EZB-Rates zum Ankauf von Staatsanleihen zwar (noch) nicht für einen Ultra-vires-Akt, da kein offensichtlicher und strukturell bedeutsamer Kompetenzverstoß vorläge. Die vom BVerfG gewählten Formulierungen lassen jedoch darauf schließen, dass die inhaltlichen Divergenzen zwischen dem EuGH, welcher im Rahmen eines Vorlageverfahrens über den Sachverhalt zu entscheiden hatte,¹²⁵⁵ und dem BVerfG fortbestehen.¹²⁵⁶

Der (vorerst) letzte Akt dieses Spiels zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem EuGH thematisiert ebenfalls ein Programm der EZB zu Anleihekäufen, das sogenannte PSP-Programm. Angesichts der skeptischen Aufnahme des EuGH Urteil zum OMT-

¹²⁴⁸ BVerfGE 123, S. 267, 352.

¹²⁴⁹ Höpner, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, Der moderne Staat 2010, S. 165, 166.

¹²⁵⁰ BVerfGE 126, S. 286, 1. Leitsatz.

¹²⁵¹ EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-10013 – Mangold.

¹²⁵² BVerfGE 126, S. 286ff.

¹²⁵³ BVerfGE 142, S. 123ff.

¹²⁵⁴ BVerfGE 142, S. 123, Tz. 38; siehe dazu auch Sauer, Der novellierte Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht, EuR 2017, S. 186, 190; Sander, BVerfG, EuGH und EZB im OMT-Verfahren, EuZW 2016, S. 614, 615, Ludwigs/Sikora, Der Zweite Senat zwischen Selbstbehauptung und Kooperation, EWS 2016, S. 215ff; Calliess, 70 Jahre Grundgesetz und europäische Integration, NVwZ 2019, S. 684, 690f.

¹²⁵⁵ Siehe Vorlagebeschluss BVerfGE 134, 366ff. sowie Anmerkung von Calliess, NJW 2017, S. 3073ff. sowie Urteil des EuGH, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 sowie Anmerkung von Mayer, Zurück zur Rechtsgemeinschaft: Das OMT-Urteil des EuGH, NJW 2015, S. 1999ff.

¹²⁵⁶ BVerfGE 142, S. 123, Tz. 174, 193. Siehe dazu auch Ludwigs/Sikora, Der Zweite Senat zwischen Selbstbehauptung und Kooperation, EWS 2016, S. 215, 218.

Programm durch das Verfassungsgericht überrascht der sachlich formulierte Vorlagebeschluss des Gerichts an den EuGH.¹²⁵⁷ Insbesondere möchte das BVerfG in der fünften Vorlagefrage wissen, ob der Beschluss der EZB und die damit verbundene Umverteilung von Ausfallrisiken der Staatsanleihen mit Art. 123 und 125 AEUV sowie Art. 4 Abs. 2 EUV (i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) vereinbar sei.¹²⁵⁸ In seiner Antwort entzieht sich der EuGH der inhaltlichen Stellungnahme zu dieser Frage indem er ihr die Entscheidungserheblichkeit abspricht und sie als hypothetisch einstuft.¹²⁵⁹ Vor dem Hintergrund, dass der EuGH in der Vergangenheit stets betonte, dass die Einschätzung über die Entscheidungserheblichkeit zuvörderst bei dem vorlegenden Gericht läge und der EuGH nur eine zurückhaltende Missbrauchskontrolle vornehme ist dies bemerkenswert.¹²⁶⁰ Die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts bleibt abzuwarten.

2. Grenzen bei der Lösung politischer Formelkompromisse

Abseits von der Ausfüllung planwidriger Regelungslücken ist richterliche Rechtsfortbildung zulässig, wenn Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe in Sekundärrechtsakten bestehen und die Interpretation derselben von der Legislative an die Exekutive und Judikative delegiert wurde.¹²⁶¹ Das Unionsrecht enthält aufgrund der Heterogenität der Mitgliedstaaten eine Vielzahl solcher politischer Formelkompromisse. Zwar befördert der Gesetzgeber die richterliche Rechtsfortbildung durch die Verwendung von Formelkompromissen in gewisser Weise,¹²⁶² jedoch sind der Rechtsfortbildung auch in diesem Kontext Grenzen gesetzt. Die äußerste Grenze bleibt gewahrt, wo Rechtsfortbildung dem aktuellen objektiven Willen des Gesetzgebers und den Wertentscheidungen des Unionsrechts entspricht und zudem mit den Unionsgrundrechten vereinbar ist.¹²⁶³ Diese Grenze gilt insbesondere, wenn der Gerichtshof Primärrecht so ausgestaltet, dass es nur durch eine Ver-

¹²⁵⁷ BVerfGE 146, S. 216ff.; dazu auch *Sikora*, PSPP auf dem Prüfstand, EWS 2019, S. 139, 142.

¹²⁵⁸ BVerfGE 146, S. 216, 292f.

¹²⁵⁹ EuGH, Rs. C-493/17 – Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000.

¹²⁶⁰ *Sikora*, PSPP auf dem Prüfstand, EWS 2019, S. 139, 144 mit Verweis auf EuGH, Rs. 83/78, Slg. 1978, S. 2347 – Pigs Marketing Board; EuGH, Rs. C-212/06, Slg. 2008, I1683, Tz. 29 – Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon; siehe dazu auch *Ludwigs*, Das PSPPP-Urteil des EuGH als Provokation der Eskalation, EWS 2019, Heft 1/Editorial; weniger kritisch *Dornacher*, Schlusskapitel oder Zwischenakt?, EuR 2019, S. 546, 549.

¹²⁶¹ *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, S. 64; *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929, 932; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 134; *Schmidt*, Europäische Integration zwischen judikativer und legislativer Politik, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der Europäischen Integration S. 101, 109.

¹²⁶² *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, 546.

¹²⁶³ *Möllers*, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, EuR 1998, S. 20, 28.

tragsrevision korrigierbar ist und dabei die Geltung des Unionsrechts auf Bereiche ausdehnt, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen.¹²⁶⁴

3. Keine Rechtfertigung über die Stärkung des Individualrechtsschutzes

Zum Teil wird zur Rechtfertigung der integrationsfreundlichen Rechtsprechung des EuGH der Individualrechtsschutz herangezogen.¹²⁶⁵ Eine Funktionalisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Unionsrechts klingt bereits in der Rs. *Van Gend & Loos* an.¹²⁶⁶ Danach sei die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen eine wirksame Kontrolle des mitgliedstaatlichen Handelns, welche die der Kommission zugeschriebene Kontrollfunktion ergänze.¹²⁶⁷ Dem ist entgegenzuhalten, dass in den meisten Fällen im Tourismusbereich nicht Individuen vor dem Gerichtshof auftreten, sondern Mitgliedstaaten, die Kommission und vorlegende nationale Gerichte den Dialog mit dem Gerichtshof führen. Mit Blick auf die Verfahrensbeteiligten beim EuGH ist die Integrationsfunktion der Rechtsprechung in Wahrheit womöglich weniger am Rechtsschutz des Einzelnen als an der Vertiefung der Integration und der Erreichung ökonomischer Ziele orientiert.¹²⁶⁸

4. Forderung nach Judicial Self-Restraint

Ein weiterer Ansatzpunkt für eine sachgerechte Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung ließe sich aus dem Grundsatz des Judicial Self-Restraint herleiten. Nach diesem in den USA entwickelten Grundsatz sollen durch die Rechtsprechung keine politischen Gestaltungsfragen beantwortet oder vorweggenommen werden, die in den originären Bereich der legislativen oder exekutiven Staatsgewalt fallen. Über diese Fragen sollen nicht die höchsten Gerichte entscheiden, sondern hierfür von der Verfassung vorgesehene und legitimierte Organe, wie Parlament und Regierung.¹²⁶⁹ Dieser Gedanke hat sich auch in Europa etabliert und wurde vom Bundesverfassungsgericht bereits in seiner Entscheidung zum Grundlagenvertrag herangezogen.¹²⁷⁰ Die konkrete Ausgestaltung der allgemeinen Vorgaben der Verträge ist als Aufgabe der politischen Organe der Union aufzufassen, also des

¹²⁶⁴ Höpner, Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung, *Der moderne Staat* 2010, S. 165, 174ff.

¹²⁶⁵ Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 136f.; Bleckmann, Die Rolle der richterlichen Rechtschöpfung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Lüke/Ress/Will, *Gedächtnisschrift für Constantinesco*, S. 74.

¹²⁶⁶ Calliess, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/Neyer, *Strukturfragen der Europäischen Union*, S. 231, 245.

¹²⁶⁷ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 7, 26 – *Van Gend & Loos*.

¹²⁶⁸ Mayer, Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?, *AöR* 129 (2004), S. 411, 422; Grabitz, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, S. 68.

¹²⁶⁹ Siehe dazu Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, S. 44f. (für die USA); Walter, *Rechtsfortbildung durch den EuGH*, S. 304f.; Rasmussen, *On law and policy in the European Court of Justice*, S. 33ff.

¹²⁷⁰ BVerfGE 36, S. 1, 14 f.

Rates, des Europäischen Parlaments und der Kommission, und nicht des EuGH.¹²⁷¹ Die Unabhängigkeit der Richter ist in einem Rechtsstaat unter anderem deshalb gerechtfertigt, weil sie Regeln anwenden, die sie nicht selbst, sondern die Legislativorgane gesetzt haben, andernfalls wären sie „Besserwisser ohne Legitimation“.¹²⁷²

Allerdings reicht die bloße Forderung nach Judicial Self-Restraint nicht aus. Denn die Beurteilung, ob eine politische Frage vorliegt, bliebe dann dem EuGH überlassen, der in der Vergangenheit seine Kompetenzen extensiv wahrnahm, sodass die Bestimmung dieser Frage nicht allein in sein Ermessen gestellt werden sollte.¹²⁷³

III. Parlamentarische Mitbestimmung bei der Auswahl der Richter des EuGH

Eine parlamentarische Mitbestimmung bei der Auswahl der Richter würde die negative Integration zwar nicht verringern, allerdings würde sie die demokratische Legitimation der Urteile des EuGH erhöhen. Die personelle Legitimation der Richter des EuGH ist derzeit lediglich auf die nationalen Regierungen zurückzuführen, die die Richter im gegenseitigen Einvernehmen ernennen. Diese Form der demokratischen Legitimation ist zwar ausreichend,¹²⁷⁴ eine Verbesserung der Legitimation wäre jedoch begrüßenswert. Der mit dem Vertrag von Lissabon eingeführte Ausschuss, der zu den Personalvorschlägen der Regierungen Stellung nimmt, kann aufgrund seiner Besetzung hier keine Abhilfe schaffen.¹²⁷⁵ Die Beteiligung der Parlamente an der Richterauswahl würde hingegen die demokratische Legitimation der Richter stärken. Bisher ist auf nationaler Ebene nur in Österreich eine Beteiligung des Parlaments an der Auswahl des Richters vorgesehen. In allen anderen Mitgliedstaaten wird die Entscheidung allein durch die Exekutive getroffen.¹²⁷⁶ Auch das Europäische Parlament ist an der Auswahl in keiner Weise beteiligt. Dies ist vor dem Hintergrund, dass der EuGH als Verfassungsgericht tätig wird und die alleinige Normverwertungskompetenz gegenüber den besser legitimierte Normen des Unionsrechts hat, be-

¹²⁷¹ *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, S. 547; gegen den judicial-self-restraint als Grenze der Rechtsfortbildung im Ergebnis: *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 309.

¹²⁷² *Baudenbacher/Bergmann*, Der EuGH außer Kontrolle, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, S. 191, 220 mit Verweis auf *Möllers*, Mehr oder weniger virtuos. Der Mann am Klavier: Was spielt BGH-Präsident Hirsch?, FAZ vom 26.10.2006, Nr. 249, S. 37.

¹²⁷³ EuGH, Rs. 242/87, Slg. 1989, S.1449 – Erasmus; *Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 509, S. 529.

¹²⁷⁴ Siehe oben Kapitel 5, D., I., 4.

¹²⁷⁵ Der Ausschuss besteht gem. Art. 255 Abs. 2 AEUV aus ehemaligen Richtern des Gerichtshofs, Mitgliedern der höchsten einzelstaatlichen Gerichte und Juristen von anerkannter hervorragender Befähigung.

¹²⁷⁶ *Epping*, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, Der Staat 37 (1997), S. 349, 362ff.; siehe zum Auswahlverfahren in den verschiedenen Mitgliedstaaten *Siebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, S. 90ff.

merkwürdig.¹²⁷⁷ Ein Vergleich mit der Besetzung mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte verstärkt diesen Eindruck. Soweit solche bestehen, wird über deren Besetzung – mit Ausnahme des französischen Conseil Constitutionnel – zumindest formal unter maßgeblichem Einfluss der demokratisch legitimierten Legislative entschieden.¹²⁷⁸

Zum Teil wird vorgeschlagen, dass das Europäische Parlament nach dem Vorbild des Ernennungsverfahrens für den US Supreme Court eine öffentliche Anhörung der Richterandidaten durchführen soll.¹²⁷⁹ Vorzugswürdig erscheint jedoch ein mehrstufiges Richterauswahlverfahren, in dem sowohl die nationalen Parlamente als auch das Europäische Parlament bestimmte Mitwirkungsrechte haben.¹²⁸⁰ Bisher hat das Europäische Parlament vergebens versucht, ein eigenes Mitspracherecht bei der Auswahl der Richter zu bekommen.¹²⁸¹ Da die Qualifikation der Richterandidaten am Besten in den Mitgliedstaaten beurteilt werden kann, ist folgende Vorgehensweise zu empfehlen: Die nationalen Parlamente schlagen dem Rat mehrere geeignete Kandidaten für die zu besetzende Richterstelle vor. Nach der Auswahl eines Kandidaten durch den Rat würde sich der ausgewählte Richter einem Zustimmungsvotum des Europäischen Parlaments stellen. Somit wären sowohl die nationalen Parlamente als auch das Europäische Parlament an der Richterauswahl beteiligt und die personelle demokratische Legitimation der EuGH-Richter erheblich gestärkt.¹²⁸² Obwohl dieser Vorschlag die negative Integration nicht direkt eingrenzt, wirkt er dem Kritikpunkt des durch die Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration entstehenden Demokratiedefizits entgegen.

IV. Inhaltliche Eingrenzung transnationaler Integrationsnormen

Neben den allgemeinen Möglichkeiten, die negative Integration zu begrenzen, ist auch eine zurückhaltendere Auslegung transnationaler Integrationsnormen, also der Grundfreiheiten, des allgemeinen Freizügigkeitsrechts und des allgemeinen Diskriminierungsverbotes im Tourismusbereich zu untersuchen. Transnationale Integrationsnormen sind Mehrebe-

¹²⁷⁷ *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 418.

¹²⁷⁸ Die Richter des BVerfG werden gemäß Art. 94 GG durch eine gesetzgebende Körperschaft gewählt; ähnliches gilt für die meisten Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten vgl. *Epping*, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349, 368ff.; *Doehring*, Demokratiedefizit in der Europäischen Union?, *DVBl.* 1997, S. 1133, 1135; *Siebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, S. 119ff.

¹²⁷⁹ *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: *Haltern/Bergmann*, *Der EuGH in der Kritik*, S. 113, 179.

¹²⁸⁰ Vgl. *Siebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, S. 254.

¹²⁸¹ Siehe unter anderem Entschließung vom 22.11.1990, *ABl. EU* Nr. C 324, S. 219, 231; Entschließung der Regierungskonferenz 1996 vom 17.5.1995, *ABl. EU* Nr. C 151, S. 56, 63; *Gundel*, Gemeinschaftsrichter und Generalanwälte als Akteure des Rechtsschutzes, in: *Müller-Graff/Scheuing*, *Europarecht Beiheft* 3/2008, S. 23, 25; *Rasmussen*, Plädoyer für ein Ende des judikativen Schweigens, in: *Haltern/Bergmann*, *Der EuGH in der Kritik*, S. 113, 158; *Siebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, S. 209ff.

¹²⁸² *Siebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, S. 239f.

nennormen, die föderalistisch bedingte Spannungen ausgleichen.¹²⁸³ Sie sind kontextabhängig und sollten in dem Maße ihre Relevanz verlieren wie eine Vereinheitlichung der unterschiedlichen Rechtsordnungen durch Rechtsetzung unter Rückgriff auf ausdrückliche Kompetenzvorschriften möglich ist.¹²⁸⁴ Mit Einführung der qualifizierten Mehrheit als regelmäßigem Abstimmungsmodus zum Erlass von Sekundärrecht und Erweiterung der Rechtsetzungskompetenzen der Union hätte man erwarten können, dass die extensive Rechtsprechung zu den transnationalen Integrationsnormen abnimmt.¹²⁸⁵ Dies ist jedoch, wie in Kapitel 3 B beschrieben, nicht eingetreten. Im Gegenteil, der EuGH hat die transnationalen Integrationsnormen weiter ausgedehnt. Auch wegen der Festigung europäischer Grundrechte, die Unionsbürger vor unverhältnismäßigen Freiheitsbeeinträchtigungen schützen, erscheint ein doppelter Schutz der individuellen Freiheitsrechte durch Grundrechte und transnationale Integrationsnormen nicht mehr notwendig.¹²⁸⁶

1. Eingrenzung der Grundfreiheiten

Die enorme Ausweitung der Grundfreiheiten in früheren Jahren, insbesondere durch die *Dassonville*-Formel, nach welcher grundsätzlich jede Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, einen Eingriff in die Grundfreiheiten darstellt, war auf die damalige Lähmung der politischen Entscheidungsprozesse zurückzuführen.¹²⁸⁷ Im Tourismusbereich ist unter anderem die großzügige Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit, beispielsweise in der Rs. *Carpenter*¹²⁸⁸ hervorzuheben, in welcher der EuGH unter Verzicht auf ein grenzüberschreitendes Element die Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot auch für Umfeldregelungen anerkannt hat. Diese weite Auslegung der Grundfreiheiten ist in Frage zu stellen, da die Mitgliedstaaten zum Erlass gemeinsamer Regelungen grundsätzlich fähig sind, wie das Bestehen der Dienstleistungs- und der Freizügigkeitsrichtlinie zeigt. Die durch positive Integration geschaffenen Rechtszustände erreichen jedoch – wie dargestellt – nicht immer denselben Integrationsgrad wie durch negative Integration geschaffene Zustände, sodass die Asymmetrie zwischen beiden Integrationsmodi fortbesteht. Allerdings zeigt das Zustandekommen der sekundärrechtlichen Regelungen auch, dass nicht mehr die gesamte Integrationslast von der negativen Integration getragen wird. Wenn nachfolgend

¹²⁸³ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 719ff.

¹²⁸⁴ *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, S. 186; *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 712/720.

¹²⁸⁵ Siehe zu den Grundfreiheiten *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 715.

¹²⁸⁶ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 727.

¹²⁸⁷ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 717/718.

¹²⁸⁸ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305 – *Carpenter*.

eine Eingrenzung transnationaler Integrationsnormen vorgeschlagen wird, bedeutet dies nicht, dass eventuell nicht mehr erfasste Behinderungen des Personen-, Produkt- und Dienstleistungsverkehrs wieder aufleben sollen. Vielmehr soll lediglich die Abschaffung der Behinderungen über die Methode der negativen Integration vermieden werden, da Grundfreiheiten nicht das einzige Instrument zum Abbau von Behinderungen im europäischen Rechtsraum sind, sondern auch im Wege der positiven Integration Behinderungen abgeschafft werden können.¹²⁸⁹

a) Mögliche Orientierungshilfen

Zur Orientierung bietet es sich an, Normen zum Ausgleich föderaler Spannungslagen in anderen Mehrebenensystemen mit grenzüberschreitendem Handel, wie beispielsweise der Welthandelsorganisation (WTO), zu untersuchen. Aber auch der Einsatz der Grundfreiheiten in anderen Bereichen des Gemeinschaftsrechts kann Orientierung für die zukünftige Anwendung der Grundfreiheiten im Tourismusbereich bieten.

aa) Regime der WTO für Dienstleistungen (GATS)

Die allgemeinen Handelsabkommen der WTO, GATT und GATS, sind ebenso wie die Grundfreiheiten Mehrebenennormen.¹²⁹⁰ Da das allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) denselben Handelsgegenstand wie die Dienstleistungsfreiheit regelt, wird es nachfolgend untersucht. Die Verpflichtungen zur Gewährung eines freien Marktzugangs (Art. XVI GATS) und zur Inländergleichbehandlung (Art. XVII GATS) gelten ausschließlich für diejenigen Bereiche, die der jeweilige Mitgliedstaat ausdrücklich dem Regime des GATS unterworfen hat.¹²⁹¹ Das Abkommen enthält somit keine allgemeine Dienstleistungsfreiheit wie das Unionsrecht, sondern gilt nur in bestimmten Sektoren.¹²⁹² Die meisten Mitgliedstaaten der WTO haben im Rahmen des GATS den Markt für touristische Dienstleistungen liberalisiert.¹²⁹³ Übertragen auf die Union würde eine solche Vorgehensweise die Möglichkeit bieten, besonders sensible Bereiche, die den Kompetenzen der Mitgliedstaaten zugeordnet sind, von der Liberalisierung auszunehmen und so die staatliche Souveränität in diesen Bereichen zu schützen. Allerdings führt dies zu einem Flickenteppich des Liberalisierungsstandes in den einzelnen Mitgliedstaaten, der das unionale Ziel der Marktintegration konterkariert. Außerdem verhindert der Ausschluss

¹²⁸⁹ Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 92.

¹²⁹⁰ Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 720.

¹²⁹¹ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 101; Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 19.

¹²⁹² Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, S. 374.

¹²⁹³ KOM (2001) 171, S. 17.

bestimmter Bereiche von der Liberalisierung Kompromisslösungen und eine schrittweise Annäherung an Integrationsziele in diesen Bereichen.

Nach Art. I Abs. 2 lit. b GATS umfasst der Handel mit Dienstleistungen zwar grundsätzlich die Erbringung einer Dienstleistung im Hoheitsgebiet eines Mitglieds an den Dienstleistungsempfänger eines anderen Mitglieds. Jedoch sind gemäß Art. XVI Abs. 1 und Art. XVII Abs. 1 GATS nur die Dienstleistung und der Dienstleistungserbringer, nicht aber der Dienstleistungsempfänger geschützt.¹²⁹⁴ Eine mit dem Unionsrecht vergleichbare passive Dienstleistungsfreiheit existiert im GATS somit nicht. Im Unionsrecht wäre ein genereller Ausschluss der passiven Dienstleistungsfreiheit jedoch nicht angebracht, da Individualpersonen, insbesondere Touristen, nicht mehr direkt und unabhängig von der Marktintegration profitieren könnten. Innerhalb der spezifischen Verpflichtungen verwendet das GATS die Begriffe der de jure und de facto Diskriminierung. Ersterer Begriff entspricht einer unmittelbaren Diskriminierung im Unionsrecht. Letzterer umfasst mittelbare Diskriminierungen und Beschränkungen.¹²⁹⁵ Auf Rechtfertigungsebene greift das GATS nur auf geschriebene Rechtfertigungsgründe zurück, wobei die Rechtfertigungsgründe weiter ausgelegt werden als bei den Grundfreiheiten.¹²⁹⁶

Trotz einiger Ähnlichkeit überwiegen im Ergebnis die Unterschiede der beiden Regelungsregime, sodass die Orientierung am GATS-Regime für die Union wenig zielführend erscheint.

bb) Reichweite der Grundfreiheiten im Steuerrecht

Die Geltung der Grundfreiheiten in für die Souveränität der Mitgliedstaaten besonders sensiblen Rechtsbereichen, wie dem Steuerrecht, könnte zur Orientierung für den Tourismusbereich herangezogen werden, da auch der Tourismusbereich vornehmlich von den Mitgliedstaaten geregelt werden soll. Es liegt die Vermutung nahe, dass auch in diesem Bereich die positive Integration zu Gunsten der negativen Integration zurücktritt. Obwohl mit Art. 113 AEUV für indirekte Steuern und Art. 115 AEUV für direkte Steuern, die sich unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken, Rechtsetzungskompetenzen der Union in diesen Bereichen bestehen, sind bisher zumindest hinsichtlich direkter Steuern nur vereinzelt Harmonisierungsmaßnahmen ergangen.¹²⁹⁷ Allerdings hat der EuGH diskriminierungsfreie Vorschriften im Steuerrecht nicht auf eine beschränkende Wirkung untersucht. Zwar spricht er in einigen Urteilen zum

¹²⁹⁴ *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, S. 377 mit Verweis auf Panel Bericht, United-States – Gambling, WT/DS285/R, veröffentlicht am 10.11.2004, Tz. 6.382, 6.397 und 6.401.

¹²⁹⁵ *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, S. 474ff..

¹²⁹⁶ Vgl. *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, S. 488ff.

¹²⁹⁷ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, S. 586 ff./ 594ff.

Steuerrecht von Beschränkungen, inhaltlich umfassen die so qualifizierten Maßnahmen jedoch im konkreten Urteil jeweils nur Diskriminierungen.¹²⁹⁸ Darüber hinaus hat der EuGH ungeschriebene Rechtfertigungsgründe entwickelt, um der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen.¹²⁹⁹ Insbesondere der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems nimmt auf die jeweiligen Besonderheiten des nationalen Steuersystems Rücksicht.¹³⁰⁰ Parallel dazu ließe sich im Wege einer großzügigeren Anwendung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe den Besonderheiten einzelner Mitgliedstaaten im Tourismusbereich und den damit verknüpften Bereichen Kultur, Strafrechtspflege und Aufenthaltsrecht Rechnung tragen.

cc) Reichweite der Grundfreiheiten im Gesundheitsrecht

Der Gesundheitsbereich zeigt eine besondere Nähe zum Tourismusbereich, da aus medizinischen Gründen motivierte Reisen, die den sonstigen Voraussetzungen der in Kapitel 2 genannten Begriffsdefinition entsprechen, eine Form des Tourismus sind. Oftmals wird die passive Dienstleistungsfreiheit der Patienten angewendet. Kompetenzrechtlich stehen die beiden Bereiche allerdings nicht auf einer Ebene. Es besteht zwar eine Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit. Diese umfasst jedoch nicht die Festlegung der nationalen Gesundheitspolitik sowie die Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung (vgl. Art. 168 Abs. 7 AEUV).

Auffallend ist, dass der EuGH auf Rechtfertigungsebene im Gesundheitsbereich eher als im Tourismusbereich gewillt ist, ungeschriebene Rechtfertigungsgründe auf unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen anzuwenden. So erwägt der Gerichtshof beispielsweise in der Rs. *Decker* eine Rechtfertigung über das zwingende Erfordernis, die finanzielle Ausgeglichenheit eines Systems der sozialen Sicherheit zu bewahren, obwohl die in Frage stehende Maßnahme eine unmittelbare Diskriminierung war.¹³⁰¹ In der Rs. *Smits/Peerbooms* stuft der EuGH Regelungen, die eigentlich mittelbar diskriminierend

¹²⁹⁸ *Kokott/Ost*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, EuZW 2011, S. 496, 503.

¹²⁹⁹ Unter anderem die Bekämpfung von Steuerhinterziehung, Steuerflucht und missbräuchlichen Praktiken; die wirksame Steueraufsicht; der Grundsatz der Territorialität; die ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnis; die Verhinderung doppelter Verlustberücksichtigung und die Kohärenz des Steuersystems, vgl. *Kokott/Ost*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, EuZW 2011, S. 496, 499ff.; *Wunderlich*, Direkte Steuern und Grundfreiheiten der EU, in: Hatje/Brinker, Europarecht Beiheft 3/2007, S. 7ff.; *Seiler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 113 AEUV, Rn. 58.

¹³⁰⁰ Siehe u.a. EuGH, Rs. C-157/07, Slg. 2008, I-8061, Tz. 43ff. – Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee.

¹³⁰¹ EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1871, Tz. 39 – *Decker*; siehe auch *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, S. 611/737; *Nowak/Schnitzler*, Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 627, 629; *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, S. 376.

sind, undifferenziert als Beschränkungen ein und prüft anschließend eine Rechtfertigungsmöglichkeit über das zwingende Interesse, eine ausgewogene qualitativ hochwertige Krankenhausversorgung anzubieten.¹³⁰² Auch in anderen Fällen hat der EuGH den Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes einen gewissen Spielraum zugestanden.¹³⁰³

b) Konkrete Anknüpfungspunkte

Die aufgezeigten Beispiele zeigen, dass die Rechtsprechung in anderen Politikbereichen Wege gefunden hat, die nationalen Handlungsspielräume stärker zu bewahren. Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob sich auch im Tourismusbereich vergleichbare Entwicklungen bei unterschiedlichen Anknüpfungspunkten erzielen lassen.

aa) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten

aaa) Reduzierung des Anwendungsbereichs auf den Kompetenzbereich der Union

Zum Teil wird vorgeschlagen, den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nur innerhalb des Kompetenzbereichs der Union zu eröffnen. Dies würde allerdings den Zweck der Grundfreiheiten, Handelsbeschränkungen in Form von Diskriminierungen für den grenzüberschreitenden Verkehr abzuschaffen, erheblich beeinträchtigen. Insbesondere würde das Ziel eines gemeinsamen Binnenmarktes in weite Ferne rücken. Grundsätzlich hat es sich bewährt, dass Grundfreiheiten auch in Bereichen zur Geltung kommen, für die die Mitgliedstaaten zuständig sind.¹³⁰⁴ Außerdem unterläuft dieser Vorschlag die Unterscheidung zwischen materieller Grundfreiheitengewährleistung und organisationsrechtlicher Kompetenzverteilung.¹³⁰⁵ Die organisationsrechtliche Kompetenzverteilung kann die Wirksamkeit materieller Grundfreiheitengewährleistung nicht vollständig bestimmen. Eine gegenseitige Beeinflussung der beiden Regelungsmaterien ist jedoch – wie sich zeigen wird – im späteren Prüfungsverlauf der materiellen Rechte zu beachten.

¹³⁰² EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5509, Tz. 59 und 69 – Smits/Peerbooms; ähnlich auch EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4539, Tz. 81 – Müller-Fauré und van Riet; *Dauck/Nowak*, Das Recht auf unionsweite, bestmögliche medizinische Versorgung, EuR 2001, S. 741, 744.

¹³⁰³ EuGH, Rs. C-211/08, Slg. 2010, I-5287, Tz. 72 – KOM/Spanien; vgl. auch Anmerkung von *Frischhut*, Keine ergänzende Erstattung von in anderem Mitgliedstaat entstandenen Krankenhauskosten, EuZW 2010, S. 671, 676.

¹³⁰⁴ Vgl. *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?, EuR 2003, S. 1013, 1023.

¹³⁰⁵ Siehe dazu *Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 197, 204; *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, S. 369.

bbb) Bestimmung des abschließenden Charakters von Sekundärrecht

Grundfreiheiten kommen nur zur Anwendung, wenn bestehendes Sekundärrecht die Materie nicht abschließend regelt. Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten müssen die Kriterien für einen abschließenden Charakter des Sekundärrechts genau bekannt sein. Vor dem Hintergrund der erweiterten Kompetenzen der Union, der Entscheidungen im Rat mit qualifizierter Mehrheit und der damit verbundenen Vereinfachung der Sekundärrechtsetzung ist die Bestimmung des abschließenden Charakters von Sekundärrechtsakten umso wichtiger. Die Rechtsprechung des EuGH vermittelt den Eindruck, dass der Gerichtshof teilweise trotz bestehenden Sekundärrechts auf Grundfreiheiten zurückgreift, um seinen Kompetenz- und Einflussbereich zu erhalten und zu erweitern.¹³⁰⁶

Des Weiteren kann die Nichtregelung eines bestimmten Sachverhalts durch Sekundärrecht darauf zurückzuführen sein, dass die Mitgliedstaaten keine Einigung auf diesem Bereich erzielt haben oder (noch) keine Integration vornehmen wollten. Eine diesen Bereich betreffende integrationsfreundliche Entscheidung des EuGH unter Rückgriff auf die Grundfreiheiten umgeht die Entscheidung der Mitgliedstaaten, den Bereich (vorerst) nicht zu harmonisieren, obwohl der EuGH keine Letztentscheidungskompetenz über das Bedürfnis einer Rechtsangleichung hat.¹³⁰⁷ Deshalb sollte dem EuGH zukünftig nicht nur bei positiver Regelung einer Materie durch Sekundärrecht ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten verwehrt sein, sondern auch bei sekundärrechtlicher Teilharmonisierung sollte der EuGH vor dem Rückgriff auf die Grundfreiheiten kritisch prüfen, ob die nur fragmentarische Regelung darauf zurückzuführen ist, dass die Mitgliedstaaten einen Bereich (noch) nicht harmonisieren wollten. Der politische Wille der Mitgliedstaaten sollte zumindest nicht einklagbar sein.¹³⁰⁸

bb) Ebene des Schutzbereichs

Im Laufe der Zeit dehnte die Rechtsprechung den Schutzbereich der Grundfreiheiten verstärkt aus.

aaa) Engerer Bezug zu wirtschaftlicher Tätigkeit

Wie bereits beschrieben greift der EuGH oftmals auf den Prüfungsmaßstab der Grundfreiheiten zurück, obwohl der Bezug zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit äußerst gering ist. Im

¹³⁰⁶ EuGH, Rs. C-330/03, Slg. 2006, I-826, Tz. 29 – Colegio de Ingenieros de Caminos; siehe auch Besprechung von *Lippert*, Die begrenzte Anerkennung – Der EuGH sichert seine Kompetenz, EuR 2007, S. 631; EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6229, Tz. 30 – Grzelczyk.

¹³⁰⁷ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 93.

¹³⁰⁸ So bereits *Kaiser*, Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften, EuR 1966, S. 4, 19; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 93.

Urteil *Calfa*¹³⁰⁹ geschieht der Rückgriff auf die passive Dienstleistungsfreiheit zur Verteidigung gegen ein lebenslanges Einreiseverbot nach Griechenland. Im Urteil *Bickel und Franz*¹³¹⁰ deutet der EuGH zwar einen Rückgriff auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht bei Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes an, beruft sich letztlich jedoch trotz des geringen wirtschaftlichen Bezuges auf die passive Dienstleistungsfreiheit. Ähnlich stellt es sich im Fall *Carpenter*¹³¹¹ dar. Der EuGH zieht die Dienstleistungsfreiheit des britischen Staatsangehörigen als Bewertungsmaßstab für die Ausweisung seiner philippinischen Ehefrau heran, obwohl der Bezug der Ausweisung zu einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit konstruiert wirkt und die Anwendung der Grundrechte näher gelegen hätte.¹³¹²

In den genannten Fällen sprechen die besseren Argumente dafür, die nationalen Maßnahmen nicht am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu messen, sondern an der grundfreiheitsähnlichen¹³¹³ Freizügigkeit, insbesondere des zur Freizügigkeit erlassenen Sekundärrechts oder – im Fall *Carpenter* – an den Grundrechten. Die Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit der Unionsbürger ist in Art. 21 AEUV ausdrücklich geschützt, wohingegen diese Freiheit bei dem durch die Dienstleistungsfreiheit vermittelten Schutz nur eine Art Begleitrecht ist.¹³¹⁴ Der wirtschaftliche Bezug ist zu gering, um die Bewegungs- und Aufenthaltsrechte der Touristen anhand eines Maßstabes zu bestimmen, der prioritär zum Abbau von Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten entwickelt wurde. Ob der Tourist in dem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen konsumiert, sollte für die Auswahl des Maßstabes nicht relevant sein, da ansonsten eine inflationäre Heranziehung der Dienstleistungsfreiheit ohne den eigentlich gebotenen wirtschaftlichen Bezug erfolgt. Vielmehr sollte der Schwerpunkt der freiheitsausübenden Tätigkeit für die Bestimmung des Maßstabes entscheidend sein. Danach wäre die Dienstleistungsfreiheit nur anzuwenden, wenn die Einreise in einen anderen Mitgliedstaat durch den Empfang von Dienstleistungen motiviert ist.¹³¹⁵ Geht die Inanspruchnahme von Dienstleistungen nicht über alltägliche Daseinsvorsorge hinaus, ist hingegen der Maßstab des Freizügigkeitsrechts und des konkretisierenden Sekundärrechts vorzugswürdig.

¹³⁰⁹ EuGH, Rs. C-348/96, Slg. 1999, I-21 – *Calfa*.

¹³¹⁰ EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7650 – *Bickel und Franz*.

¹³¹¹ EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6305 – *Carpenter*.

¹³¹² *Kingreen*, Grundfreiheiten und Grundrechte, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union, S. 218, 223.

¹³¹³ Siehe zu dem unterschiedlichen Gewährleistungsgehalt von Dienstleistungsfreiheit und allgemeinem Freizügigkeitsrecht oben unter Kapitel 3, B., I., 3., e), bb).

¹³¹⁴ *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744, 765.

¹³¹⁵ *Becker*, Freizügigkeit in der EU, EuR 1999, S. 522, 532.

bbb) Auslegung der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbot

Zum Teil wird zur Lösung der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration angeregt, die Grundfreiheiten nicht mehr auf jede Beschränkung, sondern nur noch auf Diskriminierungen anzuwenden. Nach diesem Ansatz garantierten Grundfreiheiten keinen freiheitsrechtlichen Gehalt.¹³¹⁶ Nationale Regelungen sollten nur auf ihre spezifischen Belastungen für grenzüberschreitende Vorgänge überprüft und nicht unter Verzicht auf das Diskriminierungskriterium einer allgemeinen Rechtfertigungskontrolle unterzogen werden.¹³¹⁷ In einer abgeschwächten Form könnte dieser Gedanke so angewendet werden, dass Grundfreiheiten nur in Kompetenzbereichen der Mitgliedstaaten als Diskriminierungsverbot auszulegen sind, da ein Beschränkungsverbot die Wahrnehmung der den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen in Frage stellen würde.¹³¹⁸ Auch könnte man die Rückbesinnung auf ein reines Diskriminierungsverbot nur für die besonders konfliktträchtigen Regelungen der nationalen Leistungsverwaltung beschränken.¹³¹⁹

Der Wortlaut von Art. 56 AEUV steht einer Auslegung als Diskriminierungsverbot nicht entgegen, obwohl die Dienstleistungsfreiheit – im Gegensatz zur Warenverkehrsfreiheit und anderen Personenverkehrsfreiheiten – als Beschränkungsverbot formuliert ist. Der Begriff der Beschränkung in Art. 56 AEUV ist jedoch nicht in Abgrenzung zur Diskriminierung zu verstehen, sondern als Oberbegriff von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten. Außerdem ist der wörtlichen Auslegung im europäischen Recht aufgrund dessen Vielsprachigkeit nicht derselbe Stellenwert zuzumessen wie im nationalen einsprachigen Recht.¹³²⁰

Die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit als Diskriminierungs- statt Beschränkungsverbot hätte auf die Rechtsprechung im Tourismusbereich erhebliche Auswirkungen. Im Fall *Carpenter* wäre ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit zu verneinen, da nur das Umfeld der Dienstleistungsfreiheit betroffen ist und keine spezifischen Auswirkungen auf die Dienstleistungsfreiheit, mithin keine Beschränkung, vorliegt. Auch im Fall *Dogenpalast*¹³²¹ liegt trotz der Anknüpfung an den Wohnsitz – wie oben dargestellt, entgegen der

¹³¹⁶ *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, S. 234; vgl. in Ansätzen *Calliess*, Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Bröhmer, Festschrift Ress, S. 399, 418.

¹³¹⁷ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 104.

¹³¹⁸ Vgl. *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV, Rn. 212.

¹³¹⁹ *Roth*, in: Roth/Hilpod, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 561, 590. Siehe zur Auslegung als reine Diskriminierungsverbote auch *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 52ff.; *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 726; angedeutet bei *Calliess*, Diskussionbeiträge zu II. Staat und Individuum, ZaöRV 64 (2004), S. 665.

¹³²⁰ *Braselmann*, Übernationales Recht und Mehrsprachigkeit, EuR 1992, S. 55, 59f.; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 86.

¹³²¹ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732 – Dogenpalast.

Ansicht des EuGH – eine Beschränkung vor, die nach enger Auslegung der Dienstleistungsfreiheit nicht mehr erfasst wäre.

Bei einer Auslegung der Dienstleistungsfreiheit als reines Diskriminierungsverbot stellt sich jedoch die Frage, inwiefern indirekte Diskriminierungen unter die Dienstleistungsfreiheit fallen würden. Zu Beginn der Binnenmarktwerdung herrschte direkte Diskriminierung vor; inzwischen sind die nationalen Maßnahmen meist indirekte Diskriminierungen mit fließenden Übergängen zu reinen Beschränkungen. Eine Rückbesinnung auf reine Diskriminierungsverbote würde zu neuen Abgrenzungsproblematiken zu reinen Beschränkungen führen. Darüber hinaus spiegelt die Anwendung der Grundfreiheiten auf Sachverhalte, die nicht offensichtlich eine Diskriminierung darstellen, aber trotzdem die Schaffung eines gemeinsamen Marktes behindern, den Zweck der Grundfreiheiten, einen gemeinsamen Markt ohne Diskriminierungen zu schaffen. Statt die Grundfreiheiten auf reine Diskriminierungsverbote zu reduzieren, sollten Überlegungen angestellt werden, die Grundfreiheiten auf anderem Wege einzuschränken, um die Einflussnahme auf die den Mitgliedstaaten zustehenden Bereiche in Maßen zu halten.

ccc) Konsequenterer Einschränkung der Dassonville-Formel durch Keck

In der Rs. *Keck*¹³²² wurde durch die sogenannte Keck-Formel die Dassonville-Formel für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit wieder eingegrenzt. Die Formel unterscheidet zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten und besagt, dass – entgegen früherer Rechtsprechung – Verkaufsmodalitäten, die ausländische und inländische Erzeugnisse rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise berühren, nicht in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit fallen. Die Literatur stellt im Zusammenhang mit dieser Rechtsprechung statt auf das Kriterium der Verkaufsmodalität auf den Marktzugang ab und beschränkt die Grundfreiheiten auf ihre eigentliche Funktion, den Abbau von Zugangshindernissen zwischen nationalen Märkten.¹³²³ Der EuGH liefert keine dogmatische Begründung für die Keck-Formel, sondern verweist lediglich darauf, dass die Marktteilnehmer die Grundfreiheiten als eine Möglichkeit entdeckt hätten, alle unliebsamen Regulierungen des nationalen Rechts auf den Prüfstand des Gemeinschaftsrechts zu stellen.¹³²⁴ Ausgehend von dieser eher pragmatischen Erklärung ist die Anwendung einer dem Keck-Ansatz vergleichbaren Einschränkung anderer Grundfreiheiten, die ebenso zum Prüfstand nationalen Rechts geworden

¹³²² EuGH, verb. Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097 – Keck & Mithouard.

¹³²³ *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 34 AEUV, Rn. 83f.; *Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, 572.

¹³²⁴ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, Tz. 14 – Keck & Mithouard.

sind, folgerichtig.¹³²⁵ Bisher ist jedoch ungeklärt, inwiefern die Keck-Rechtsprechung auf andere Grundfreiheiten übertragbar ist.¹³²⁶ Die Übertragung auf die Dienstleistungsfreiheit bejaht der EuGH nicht ausdrücklich. Er hat allerdings in der Rs. *Alpine Investments*, bei der eine Korrespondenzdienstleistung betroffen war, den Wortlaut der Keck-Rechtsprechung zitiert und darauf abgestellt, ob die in Frage stehende Regelung geeignet ist, den Marktzugang für die aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Erzeugnisse (beziehungsweise Dienstleistungen) im Einfuhrstaat zu versperren oder stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse.¹³²⁷ Diese Rechtsprechung lässt den Schluss zu, dass auch andere Grundfreiheiten eingegrenzt werden sollen,¹³²⁸ was zwecks der angestrebten Konvergenz der Grundfreiheiten begrüßenswert ist. In der Praxis ist die Anwendung der Keck-Kriterien auf die Dienstleistungsfreiheit jedoch problematisch, da der EuGH die Keck-Kriterien für die Warenverkehrsfreiheit als Produktfreiheit entwickelte. Eine direkte Übertragung auf die Dienstleistungsfreiheit ist nur möglich, wenn deren produktfreiheitlichen Aspekte betroffen sind.¹³²⁹ Die produktbezogenen Aspekte der Dienstleistungsfreiheit sind jedoch nur bei Korrespondenzdienstleistungen – wie in der Rs. *Alpine Investments* – relevant. Sofern das in der Literatur angewandte Kriterium des Marktzugangs in den Mittelpunkt rückt, ließe sich dieser Problematik jedoch adäquat begegnen. Es ist zu betonen, dass es nicht auf den Marktzugang der Dienstleistung, sondern der Dienstleistungserbringer und -empfänger ankommt. Aber auch das Kriterium des Marktzugangs führt nur dann zu vorhersehbaren Ergebnissen, wenn die Vergleichsgruppen, auf deren Marktzugang es ankommt, sauber gebildet werden.¹³³⁰ Wie im Fall *Dogenpalast* werden jedoch zum Teil nicht die Zugangsmöglichkeiten ausländischer und inländischer Touristen verglichen, sondern der Zugang von vor Ort ansässigen und nicht vor Ort lebenden Touristen. Ein solcher Vergleich entfernt die Dienstleistungsfreiheit von ihrer eigentlichen Funktion, Handels- und Mobilitätshemmnisse zwischen Mitgliedstaaten abzubauen, da der grenzüberschreitende Bezug nicht mehr relevant ist.¹³³¹

¹³²⁵ Schmidt, Gefangen im „lock in“?, Der moderne Staat 2010, S. 455, 464; Generalanwalt Maduro, Schlussantrag, Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8137, Tz. 33 – Alfa Vita.

¹³²⁶ Streinz, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 21; Nettesheim, Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität, NVwZ 1996, S. 342, 344.

¹³²⁷ EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1167, Tz. 37 – Alpine Investments; siehe dazu auch Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, S. 337ff.

¹³²⁸ Siehe zu Alpine Investments auch Hatzopoulos/Do, The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005, CMLRev. 37 (2000), S. 923, 925; Schneider, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht, NJ 1996, S. 512, 513.

¹³²⁹ Ähnlich bei Puth, Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, EuR 2002, S. 852, 872.

¹³³⁰ Kritisch bezüglich der Vergleichsgruppenbildung Dietz/Streinz, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50, 60.

¹³³¹ Siehe zur unsauberen Vergleichsgruppenbildung des EuGH im Fall DocMorris (EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887 – DocMorris) Kingreen, Theorie und Dogmatik der Grundfreiheiten im Europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, 573.

Die Einschränkung der Reichweite der Grundfreiheiten durch eine stärkere Betonung des Marktzugangs ist ein Schritt in die richtige Richtung. Allerdings werden damit nur bei einer sauberen Vergleichsgruppenbildung verlässliche Ergebnisse erzielt.

Seit einiger Zeit zieht auch der EuGH das Kriterium der Behinderung des Marktzugangs für die Bestimmung der Maßnahmen gleicher Wirkung heran. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang beispielsweise die Entscheidung in der Rs. *ANETT*, welche allerdings zur Warenverkehrsfreiheit erging. Der EuGH lässt die Dassonville-Formel und die Einschränkung durch die Keck-Formel unangewendet und versucht stattdessen das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung anhand positiv formulierter Fälle zu erfassen.¹³³² Einer dieser Fälle ist das Kriterium der Behinderung des Marktzugangs. In der nachfolgenden Entscheidung des EuGH in der Rs. *DKV Belgium* dehnt der EuGH diese (für ihn) neue Herangehensweise auch auf den Bereich der Dienstleistungsfreiheit aus.¹³³³ Ob diese neuere Herangehensweise des EuGH sich in der Rechtsprechung endgültig durchsetzen wird und eine Aufgabe der Keck-Rechtsprechung bedeutet¹³³⁴, bleibt abzuwarten.

cc) Rechtfertigungsebene

Die Ausdehnung des Schutzbereichs der Grundfreiheiten ist nicht der einzige Aspekt, der den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten verringert. Auch auf der Rechtfertigungsebene nutzt der Gerichtshof im Tourismusbereich Interpretationsräume zugunsten der Grundfreiheiten.

Nur wenige Rechtfertigungsgründe sind ausdrücklich geregelt, wie etwa in Art. 36 AEUV für die Warenverkehrsfreiheit und in Art. 52 AEUV für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.¹³³⁵ Art. 52 AEUV nennt lediglich die Trias der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Zwar entwickelte der EuGH in der Rs. *Cassis de Dijon* neben den ausdrücklich genannten auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. Demnach sind

¹³³² EuGH, Rs. C-456/10, EU:C:2012:241, Tz. 34ff. – *ANETT*. Die Fälle lauten wie folgt: 1. Maßnahmen eines Mitgliedstaates, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Waren aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln; 2. Vorschriften über Voraussetzungen, denen die Waren entsprechen müssen, selbst wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten; 3. Jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert. Siehe auch die vorangegangene Rechtsprechung des EuGH, in Rs. C-110/05, EU:C:2009:66 – Kommission/Italien; siehe auch *Reyes y Ráfales*, 6 Jahre „Anhänger-Rechtsprechung“ zu Art. 34 Alt. 2 AEUV, DVBl. 2015, S. 268ff.

¹³³³ EuGH, Rs. C-577/11, EU:C:2013:146; Tz. 33 siehe auch *Dietz/Strein*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 50, 54.

¹³³⁴ So *Cremet/Bothe*, Die Dreistufenprüfung als neuer Baustein der warenverkehrsrechtlichen Dogmatik, EuZW 2015, S. 413, 418.

¹³³⁵ Für die Warenverkehrsfreiheit sind dies: Gründe der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums; siehe Art. 45 Abs. 3 AEUV für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und Art. 65 Abs. 1 AEUV für den freien Kapital- und Zahlungsverkehr.

Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus nationalen Regelungen ergeben, hinzunehmen, soweit sie aus Gründen zwingender Erfordernisse, wie etwa einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes, erforderlich sind,¹³³⁶ allerdings wendet er diese insbesondere im Tourismusbereich eher restriktiv an.

aaa) Großzügige Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe

Der EuGH legt geschriebene Rechtfertigungsgründe eng aus mit der Begründung, dass diese Ausnahmen von einer Grundregel seien.¹³³⁷ Rechtsdogmatisch ist die Existenz eines solchen allgemeingültigen Grundsatzes jedoch fraglich.¹³³⁸ Auch die Konstruktion der Rechtfertigungsgründe als Ausnahmen von der Grundfreiheit als Regel ist umstritten. Die Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtfertigung dient nämlich lediglich der Ordnung des Gedankenganges.¹³³⁹ Außerdem ist es nicht fernliegend, bei großzügiger Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten die Rechtfertigungsgründe vergleichbar großzügig auszulegen.¹³⁴⁰ Darüber hinaus erscheint es unnötig umständlich, einerseits, die kodifizierten Rechtfertigungsgründe eng auszulegen und andererseits, die Rechtfertigungsmöglichkeiten um ungeschriebene Tatbestände zu erweitern.¹³⁴¹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Herleitung zwingender Erfordernisse als Rechtfertigungsmöglichkeiten durch die Rechtsprechung keiner erkennbaren Systematik folgt.¹³⁴² Statt der Herleitung eines zwingenden Erfordernisses bietet sich eine weite Auslegung des kodifizierten Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung an.¹³⁴³ Dieser Rechtfertigungsgrund gilt in vielen völkerrechtlichen Verträgen klassischerweise als das Sicherheitsventil für nationale Interessen.¹³⁴⁴ Der EuGH legt den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnungen entgegen der Auslegung im allgemeinen Völkerrecht und im deut-

¹³³⁶ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon.

¹³³⁷ EuGH, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625, Tz. 7 – Irische Souvenirs.

¹³³⁸ Vgl. WTO-Recht, in dem die Rechtfertigungsgründe großzügig ausgelegt werden, von Bogdandy, Verfassungsrechtliche Dimension der Welthandelsorganisation, 2. Teil, KJ 2001, S. 425, 435.

¹³³⁹ Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 154f.; Schilling, Singularia non sunt extendenda – Die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1996, S. 44, 55ff. insbesondere zur Problematik bei mehrstufigen Regel-Ausnahme-Verhältnissen.

¹³⁴⁰ Kanitz/Steinberg, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?, EuR 2003, S. 1013, 1021; Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 735.

¹³⁴¹ Roth, Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses, WRP 2000, S. 979, 984; Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 736/739ff.

¹³⁴² Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 104.

¹³⁴³ Siehe zu diesem Gedanken andeutungsweise Müller-Graff, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, in: Hatje, Europarecht Beiheft 1/2002, S. 7, 54.

¹³⁴⁴ Schneider, Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EGV, S. 57; Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 739.

schen Polizeirecht sehr eng aus.¹³⁴⁵ Es muss eine tatsächliche und hinreichende Gefährdung vorliegen, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹³⁴⁶ Zwar kann der EuGH unbestimmte Rechtsbegriffe eigenständig europarechtlich auslegen. Jedoch soll diese autonome Auslegung dazu dienen, auf europarechtlich relevante Entwicklungen reagieren zu können und nicht dazu, unbestimmte Rechtsbegriffe so auszulegen, dass der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten möglichst stark eingeschränkt wird.¹³⁴⁷ Außerhalb des Tourismusbereichs, im Steuerrecht, hat der EuGH die Kohärenz der (nationalen) Steuerregelung bereits als Rechtfertigungsgrund im Rahmen des Art. 52 AEUV, welcher den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung enthält, diskutiert und zeigt dadurch, dass eine weitere generalklauselartige Interpretation der öffentlichen Ordnung nicht ausgeschlossen sein muss.¹³⁴⁸ Auch im Urteil zu der Rs. *Omega* hat der EuGH gezeigt, dass eine Auslegung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung unter Berücksichtigung eines dem Mitgliedstaat zustehenden Beurteilungsspielraums möglich ist.¹³⁴⁹ Im Tourismusbereich hingegen, in dem – anders als im Fall *Omega*, der die Menschenwürde betraf – Gemeinschaftsgüter wie beispielsweise der Umweltschutz betroffen sind, interpretiert der EuGH den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung enger. In der Rs. *Ciola* wird dies besonders deutlich. Österreich hatte vorgetragen, dass die Kontingentierung der Liegeplätze am Bodensee auch dem Umweltschutz, insbesondere der Ufererhaltung, diene. Der EuGH ging auf die Erwägungen zum Umweltschutz nicht ein, sondern wies pauschal darauf hin, dass wirtschaftliche Ziele keine Gründe der öffentlichen Ordnung seien.¹³⁵⁰ Anschließend wendete der EuGH nach Qualifizierung der Maßnahme als mittelbare Diskriminierung ungeschriebene Rechtfertigungsgründe wie den Umweltschutz nicht an. Hätte der EuGH den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung als eine Art Generalklausel ausgelegt, unter die verschiedene Gemeinschaftsgüter subsumiert werden können, hätte in der Rs. *Ciola* eine echte Interessenabwägung zwischen dem schrankenfreien Handel zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsgütern stattfinden können. Durch die enge Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe nimmt die Rechtsprechung diese Chance für eine echte Interessenabwägung jedoch nicht wahr, obwohl auch der Wortlaut des Art. 52 AEUV einer weiten Auslegung nicht entgegensteht. Danach sind Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer

¹³⁴⁵ EuGH, Rs. 177/83, Slg. 1984, S. 3651, Tz. 19 – Kohl/Ringelhan & Rennett; EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, S. 1999, Tz. 35 – Bouchereau; EuGH, Rs. C-100/01, Slg. 2002, I-10981, Tz. 39 – Olazabal.

¹³⁴⁶ EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999, Tz. 35 – Bouchereau; EuGH, Rs. C-100/01, Slg. 2002, I-10981, Tz. 39 – Olazabal.

¹³⁴⁷ Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 156.

¹³⁴⁸ EuGH, Rs. C-484/93, Slg. 1995, I-3955, Tz. 15 – Svensson u. Gustavsson; Schneider, Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EGV, S. 161.

¹³⁴⁹ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Tz. 31 – Omega; Streinz, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 19.

¹³⁵⁰ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 16 – Ciola.

vorsehen, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt. Denn Maßnahmen, die zwar keine Sonderregelung für Ausländer vorsehen, jedoch im Ausland Lebende betreffen, beeinträchtigen die Grundfreiheit per se weniger, sodass eine Rechtfertigung über geschriebene Rechtfertigungsgründe erst recht möglich ist.¹³⁵¹ Auch wenn der Anwendungs- und Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit im Wesentlichen beibehalten bliebe, könnte somit auf der Rechtfertigungsebene eine Stellschraube für die Bewahrung des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten angesetzt werden.¹³⁵²

bbb) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für Diskriminierungen

Grundsätzlich ist der Rückgriff auf ungeschriebene Rechtfertigungsgründe auch bei einer vorstehend beschriebenen generalklauselartigen Auslegung des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung zusätzlich denkbar.

(1) Anwendung auf unterschiedliche Diskriminierungsarten

Die Rechtsprechung wendet ungeschriebene Rechtfertigungsgründe innerhalb der unterschiedlichen Diskriminierungsstufen nicht einheitlich an. Unmittelbare Diskriminierungen sind den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen grundsätzlich nicht zugänglich. Zum Teil werden mittelbare Diskriminierungen an ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen gemessen.¹³⁵³ Im Tourismusbereich hingegen wurde in der Rs. *Ciola* die Anwendung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe auf mittelbare Diskriminierungen grundsätzlich abgelehnt.¹³⁵⁴ Gegen eine solche Ablehnung der Anwendung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe auf mittelbare Diskriminierungen spricht jedoch, dass diese von reinen Beschränkungen in ihrer Wirkung oftmals kaum zu unterscheiden sind.¹³⁵⁵ Auch der EuGH grenzt unterschiedslos anwendbare und mittelbar diskriminierende Maßnahmen nicht klar voneinander ab, sodass die Zugänglichkeit der Maßnahme zu einer Rechtfertigung oftmals vom Zufall abhinge.¹³⁵⁶ Ferner wären die Grundfreiheiten nicht weniger effektiv, da als

¹³⁵¹ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Tz. 28 – Omega; *Streinz*, Europarecht, Rn. 865.

¹³⁵² *Schneider*, Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen Auswirkungen auf das nationale Recht NJ 1996, S. 512, 515; *Knobbe-Keuk*, Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot?, DB 1990, S. 2573, 2577.

¹³⁵³ Vgl. Beispiele für ungeschriebene Rechtfertigungsgründe bei mittelbaren Diskriminierungen in *Roth*, Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses, WRP 2000, S. 979, 985; *Nowak/Schnitzler*, Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 627ff.

¹³⁵⁴ Siehe oben unter Kapitel 3, B., I., 2., b), aa), bbb).

¹³⁵⁵ *Gundel*, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, Jura 2001, S. 79, 82f.

¹³⁵⁶ EuGH, Rs. C-18/95, Slg. 1999, I-345, Tz. 44ff. – Terhoeve; *Nowak/Schnitzler*, Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 627, 631.

Möglichkeit für die Versagung nationaler Maßnahmen die Prüfungsstufe der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen verbliebe. Handfeste Argumente gegen die Anwendung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf mittelbare Diskriminierungen bestehen hingegen nicht.

Neben der Anwendung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe auf mittelbare Diskriminierungen wäre es für den Schutz des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten vorteilhaft, auch unmittelbare Diskriminierungen der Rechtfertigung durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zugänglich zu machen. Angelehnt an die Rechtsprechung zum allgemeinen Diskriminierungsverbot, nach welcher sich sowohl mittelbare als auch unmittelbare Diskriminierungen über objektive Gründe rechtfertigen lassen, ist auch im Bereich der Grundfreiheiten die Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe denkbar.¹³⁵⁷ Zwar sind Grundfreiheiten gegenüber dem allgemeinen und subsidiären Diskriminierungsverbot die spezielleren Bestimmungen, einer Vergleichbarkeit steht dies jedoch nicht im Wege. Das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten sind strukturell ähnlich und dienen demselben Zweck, so dass die Rechtfertigungsmaßstäbe des allgemeinen Diskriminierungsverbotes auf die Grundfreiheiten übertragbar sind. Beim allgemeinen Diskriminierungsverbot beruht die Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen durch die ungeschriebene Rechtfertigungsmöglichkeit des sachlichen Grunds auf der Erweiterung des Anwendungsbereichs des allgemeinen Diskriminierungsrechts. Denn nach der Bejahung des Tatbestandsmerkmals „Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages“ bei Gebrauchmachung von der Freizügigkeit waren auch die Rechtfertigungsmöglichkeiten zu erweitern.¹³⁵⁸ Eine ähnliche Erweiterung des Anwendungsbereichs wie beim allgemeinen Diskriminierungsverbot hat es – wie oben dargestellt – auch bei der Dienstleistungsfreiheit gegeben. Diese Erweiterung ließe sich durch die Anwendungserstreckung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe auf unmittelbare Diskriminierungen relativieren. Der Wortlaut der Grundfreiheiten und der dazugehörigen geschriebenen Rechtfertigungsgründe steht einer Anwendung derselben auf unmittelbar diskriminierende Maßnahmen nicht entgegen. Weder aus Art. 36 AEUV noch aus Art. 52 AEUV erschließt sich, dass die dort genannten Rechtfertigungsgründe für unmittelbare Diskriminierungen abschließend sind. Außerdem sieht auch der Wortlaut von Art. 18 AEUV – um bei der Parallele zum allgemeinen Diskriminierungsverbot zu bleiben – keine Rechtfertigung für unmittelbare Diskriminierungen vor. Des Weiteren ist die Benachteiligung für betroffene Personen gleich, unabhängig davon, ob sie

¹³⁵⁷ Vgl. zum allgemeinen Diskriminierungsverbot: *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 38ff.

¹³⁵⁸ *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 24; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn. 23.

an die Staatsangehörigkeit oder ein anderes Merkmal anknüpft.¹³⁵⁹ Letztlich sei noch auf das bereits bekannte Argument hingewiesen, dass versteckter Protektionismus, durch Beschränkungen und mittelbaren Diskriminierungen, bei dem Ausschluss unmittelbarer Diskriminierungen von ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen begünstigt würde, da versteckter Protektionismus leichter zu rechtfertigen wäre als eine direkt diskriminierende Regelung.¹³⁶⁰

Auch im Umfeld des Gerichtshofs wird in jüngster Zeit für die Anwendung des Rechtfertigungsgrundes der zwingenden Erfordernisse auf diskriminierende Maßnahmen der Mitgliedstaaten geworben. Generalanwalt *Bot* spricht sich in seinen Schlussanträgen in den Rs. *Essent Belgium* und *Alands Vindkraft* ausdrücklich für die Anwendung des Rechtfertigungsgrundes Umweltschutz auf diskriminierende Maßnahmen der Mitgliedstaaten aus.¹³⁶¹ Darüber hinaus möchte er auf die Rechtfertigungsprüfung der diskriminierenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten einen besonders strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab anwenden.¹³⁶² Der EuGH thematisiert in seinen Urteilen zu diesen Rechtssachen im Ergebnis zwar den Umweltschutz als Rechtfertigungsgrund; verweist jedoch zusätzlich auf geschriebene Rechtfertigungsgründe, so dass der Urteilsbegründung nicht zu entnehmen ist, ob der Gerichtshof der Ansicht des Generalanwaltes folgt.¹³⁶³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine einheitliche Anwendung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen sowie Beschränkungen zum Schutze der mitgliedstaatlichen Entscheidungsautonomie wünschenswert ist und die Vertragsnormen des AEUV dem auch nicht entgegenstehen. Es bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof den von Generalanwalt *Bot* vorgezeichneten Weg folgen wird.

(2) Einheitliche Auslegung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe

Eine einheitliche Auslegung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe würde die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung des EuGH verbessern und den Mitgliedstaaten dadurch

¹³⁵⁹ Vgl. *Kingreen* (allerdings zum allgemeinen Diskriminierungsverbot) Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 43, 66.

¹³⁶⁰ *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 705, 738; *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 36 AEUV Rn. 44; *Weiß*, Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit, EuZW 1999, S. 493, 497f.; *Müller-Graff*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, in: Hatje, Europarecht Beiheft 1/2002, S. 7, 53f.; a.A. *Gundel*, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, Jura 2001, S. 79, 82.

¹³⁶¹ Generalanwalt *Bot*, Schlussantrag, verb. Rs. C-204/12 bis 208/12, EU:C:2013:294, Tz. 92ff. – *Essent Belgium*; Generalanwalt *Bot*, Schlussantrag, Rs. C-573/12, EU:C:2014:37, Tz. 79 – *Alands Vindkraft*.

¹³⁶² Generalanwalt *Bot*, Schlussantrag, Rs. C-573/12, EU:C:2014:37, Tz. 79 – *Alands Vindkraft*.

¹³⁶³ EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis 208/12, Urteil vom 11. September 2014, Tz. 89ff. – *Essent Belgium*; Rs. C-573/12, Urteil vom 1. Juli 2014, Tz. 76ff. – *Alands Vindkraft*.

eine europarechtskonforme Gesetzgebung erleichtern. Im Tourismusbereich werden jedoch bisher einerseits wirtschaftliche Gründe, wie in der Rs. *Ciola* pauschal als Rechtfertigungsmöglichkeit abgelehnt. Andererseits differenziert der EuGH in der Rs. *Dogenpalast* zwischen wirtschaftlichen Gründen und rein wirtschaftlichen Gründen und urteilt, dass lediglich letztere nicht der Rechtfertigung zugänglich sind.¹³⁶⁴ Unter Zugrundelegung der Maßstäbe aus der Rs. *Dogenpalast* hätte die Begrenzung der Anlegeplätze am Bodensee in der Rs. *Ciola*, die bei objektiver Betrachtung nicht rein wirtschaftlichen Gründen, sondern auch dem Umweltschutz diene, einer Rechtfertigung offen gestanden. Mitgliedstaatliche Maßnahmen mit mehreren Erwägungsgründen, von denen nur einer einen wirtschaftlichen Bezug hat, sind nicht per se von der Rechtfertigungsmöglichkeit auszuschließen. Deshalb sollten Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die nicht ausschließlich, aber eben auch auf wirtschaftlichen Gründen beruhen, einer Rechtfertigung durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zugänglich sein.

dd) Die Geltung kompetenzbeschränkender Prinzipien für die Rechtsprechung bei der Beurteilung mitgliedstaatlicher Maßnahmen

Ein weiterer Ansatzpunkt für die Einschränkung der negativen Integration ist die Anwendung kompetenzbeschränkender Prinzipien auf die Rechtsprechung des EuGH. Die Geltung der kompetenzbeschränkenden Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität für legislative Maßnahmen der Union steht außer Frage. Vorliegend soll gezeigt werden, dass die Anwendung dieser Prinzipien auch auf die Rechtsprechung des EuGH zu transnationalen Integrationsnormen angezeigt ist.¹³⁶⁵

aaa) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung für die Rechtsprechung

Solange die Mitgliedstaaten daran festhalten, der Union nur begrenzte Einzelermächtigungen zu erteilen, ist es verfehlt, durch die Interpretation der Verträge die Grenze zwischen den Befugnissen von Union und Mitgliedstaaten zu verschieben.¹³⁶⁶ Dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung kommt nämlich auch eine Machtverteilungsfunktion zu mit

¹³⁶⁴ EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2530, Tz. 16 – *Ciola*; EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732, Tz. 22 – *Dogenpalast*; siehe auch *Gundel*, Grundfreiheiten und Steuerwettbewerb, in: Hatje/Terhechte, Europarecht Beiheft 2/2006, S. 13, 29.

¹³⁶⁵ Siehe auch *Dashwood*, The Limits of European Community Powers, ELRev. 1996, S. 113, 114; *Davies*, Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time, CMLRev. 43 (2006), S. 63, 73; *de Burca*, The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, Yearbook of European Law 1993, S. 105, 141, die darauf hinweist, dass der Gerichtshof bei Maßnahmen der Union zum Teil einen lockereren Verhältnismäßigkeitsmaßstab anlegt als bei vergleichbaren Maßnahmen der Mitgliedstaaten; siehe auch *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, S. 83ff.

¹³⁶⁶ *Wieland*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung, NJW 2009, S. 1841, 1845.

gewaltenteilender Gewährleistung für die Mitgliedstaaten.¹³⁶⁷ Auch bei der Prüfung nationaler Maßnahmen auf Vereinbarkeit mit transnationalen Integrationsnormen muss der Gerichtshof für kompetenzrechtliche Aspekte sensibilisiert sein. Er sollte bei Vertragsverletzungs- und Vorabentscheidungsverfahren vor allem auch das Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht berücksichtigen, um eine schleichende Kompetenzverlagerung auf die Union zu beenden.¹³⁶⁸ Die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten ist als Teil der gesamteuropäischen Rechtsordnung vom Gerichtshof zu beachten und sollte stärkeren Einfluss auf die materielle Rechtsprechung des EuGH haben.¹³⁶⁹ Insbesondere hat sich der EuGH bewusst zu machen, dass die allgemeine Wirtschaftspolitik nicht der Zuständigkeit der Union unterfällt, sondern gemäß Art. 5 AEUV zwischen den Mitgliedstaaten lediglich zu koordinieren ist.¹³⁷⁰ Außerdem muss die Anwendung transnationaler Integrationsnormen aufgrund der Einheit der Rechtsordnung vor der systematischen Einbettung dieser Normen in den Unionsvertrag erfolgen. Die Rechtsordnung umfasst jedoch neben den transnationalen Integrationsnormen auch die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten gemäß der begrenzten Einzelermächtigung.¹³⁷¹ Die Frage, ob der konkrete Sachbereich in die Regelungszuständigkeit der Union oder in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, ist danach als zusätzlicher Gesichtspunkt bei der Würdigung des Vorliegens eines Verstoßes gegen die Grundfreiheiten zu beachten.¹³⁷²

bbb) Wahrung der mitgliedstaatlichen Identität in Art. 4 Abs. 2 EUV

Als verfassungsmäßige Stütze für das beschriebene Vorgehen ist Art. 4 Abs. 2 EUV heranzuziehen. Danach achtet die Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Diese Regelung richtet sich an alle Einrichtungen der Union und somit

¹³⁶⁷ *Jürgens*, Die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 198.

¹³⁶⁸ Auch im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren entscheidet der Gerichtshof indirekt über die Vereinbarkeit einer nationalen Rechtslage mit dem Unionsrecht *de Burca*, The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, Yearbook of European Law 1993, S. 105, 115; vgl. auch *Bücheler*, Diskriminierung, Beschränkung und Keck-Mithouard, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, S. 335, 340/341; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 17.

¹³⁶⁹ *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?, EuR 2003, S. 1013, 1023/1024; *Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1, 22; *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, S. 243; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 89.

¹³⁷⁰ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 97.

¹³⁷¹ Bzgl. Grundfreiheiten siehe *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 89.

¹³⁷² So auch schon hinsichtlich der Auslegung des Freizügigkeitsrechts Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10453, Tz. 32/35 – Tas Hagen; siehe auch *de Burca*, The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, Yearbook of European Law 1993, S. 105, 112/127.

auch an den EuGH.¹³⁷³ Die nationale Identität der Mitgliedstaaten umfasst auch deren Souveränität, vorausgesetzt es besteht die Bereitschaft, Souveränitätsrechte an die Europäische Union zu übertragen.¹³⁷⁴ Die Souveränität eines Mitgliedstaates kann nicht losgelöst von der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten betrachtet werden. In letzter Zeit bringen auch die Generalanwälte Art. 4 Abs. 2 EUV vermehrt als Gegenpol zu unionsrechtlichen Interessen ins Spiel.¹³⁷⁵ Art. 4 Abs. 2 EUV unterstreicht die Verpflichtung des EuGH, die Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten in die Rechtsprechung einzubeziehen.

ccc) Prüfung der kompetenzbeschränkenden Prinzipien in der Verhältnismäßigkeit

Es bietet sich an, die mitgliedstaatliche Regelungskompetenz im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einer nationalen Maßnahme durch eine Art vertikale praktische Konkordanz im Verfassungsverbund zu berücksichtigen.¹³⁷⁶ Zum Teil wird eine Berücksichtigung der Kompetenzgrenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich abgelehnt und stattdessen vorgeschlagen, die Verhältnismäßigkeit nur zur Abwägung eines Rechtsgüterkonflikts heranzuziehen.¹³⁷⁷ Dies ist jedoch abzulehnen. Da nach Art. 5 Abs. 4 EUV das Verhältnismäßigkeitsprinzip dazu dient, die Maßnahmen der Union auf das Erforderliche zu beschränken, ist vom EuGH die Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten im konkret betroffenen Bereich in die in der Verhältnismäßigkeit vorzunehmende Abwägung einzubeziehen. Neben der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten bieten sich weitere Kriterien für die Einbeziehung in den Abwägungsprozess an, die ebenfalls das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sowie das nachfolgend erläuterte Subsidiaritätsprinzip sichern. Diese Kriterien könnten sein: Die Dauer, für die den Mitgliedstaaten durch das Urteil eine eigene Gestaltungsmöglichkeit entzogen werden würde; aus dem Urteil entstehende finanzielle Belastungen des Mitgliedstaates sowie der Umfang der durch das Urteil

¹³⁷³ von *Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 4 EUV, Rn. 5.

¹³⁷⁴ *Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn 16.

¹³⁷⁵ Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussantrag, Rs. C-324/07, Slg. 2008, I-8460, Tz. 85 – Coditel Brabant SPRL; Generalanwalt *Maduro*, Schlussantrag, Rs. C-135/08, Slg. 2010, I-1452, Tz. 25 – Rottmann; von *Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 4 EUV, Rn. 21.

¹³⁷⁶ *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?, EuR 2003, S. 1013, 1032 zur der Verwirklichung des europäischen Gemeinwohls; *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, S. 334, 339 zur praktischen Konkordanz zwischen den Vertragszielen der Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts und der mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit zur Daseinsvorsorge; von *Danwitz*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Entsenderecht, EuZW 2002, S. 237, 242.

¹³⁷⁷ *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 113.

vom Mitgliedstaat umzusetzenden Änderungen.¹³⁷⁸ Die vom EuGH vorzunehmende Prüfung müsste somit nicht nur die Auswirkungen der nationalen Maßnahme auf die Gewährleistung der Grundfreiheiten, sondern auch die Auswirkungen eines Verbots der nationalen Maßnahme für den mitgliedstaatlichen Politikbereich einbeziehen.

Zum Teil wird darüber hinaus angedacht, dass sich der EuGH stets die Kontrollfrage stellen muss, ob die von der Rechtsprechung herbeigeführte Rechtslage auch durch den Erlass eines hypothetischen Gemeinschaftsrechtsakts kompetenzgerecht hätte herbeigeführt werden können. Diese Kontrollfrage dürfte im Ergebnis jedoch zu weit gehen, da die transnationalen Integrationsnormen in kontrolliertem Umfang auch in Sachbereichen ihre Wirkung entfalten sollen, in denen die Union nicht über eine konkrete Handlungskompetenz verfügt.¹³⁷⁹

ddd) Subsidiaritätsprinzip

Auch das Subsidiaritätsprinzip ist Teil der bestehenden Kompetenzordnung zwischen Union und Mitgliedstaaten und wird zumeist hinsichtlich einer Begrenzung der Rechtsetzungskompetenzen der Legislativorgane der Union und nicht hinsichtlich einer Begrenzung der Kompetenzen des Gerichtshofes diskutiert.¹³⁸⁰ Nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 EUV findet das Subsidiaritätsprinzip aber auf alle Maßnahmen der Union und somit auch auf die Interpretation der Verträge durch den EuGH Anwendung. Manche lehnen die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips auf die Rechtsprechung ab, da dem EuGH für die ihm zugewiesenen Fälle die ausschließliche Zuständigkeit zustehe.¹³⁸¹ Diesem Argument kann aber nicht gefolgt werden, da die Zuweisung der Zuständigkeit zur Streitentscheidung einer Organkompetenz entspricht, das Subsidiaritätsprinzip jedoch auf die Verbandskompetenz abzielt.¹³⁸² Der Gerichtshof kann als Judikative zwar nicht der gesetzgebenden Gewalt der Union gleichgestellt werden. Es ist für das Zuständigkeitsgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union, welches das Subsidiaritätsprinzip wahren soll, jedoch irrelevant, ob die Maßnahme der Union auf einem Urteilsspruch oder Legislativakt beruht.¹³⁸³

Die formelle Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten bleibt durch die Rechtsprechung des EuGH zwar unberührt. Allerdings nimmt der Gerichtshof materiell

¹³⁷⁸ Jürgens, Die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 194.

¹³⁷⁹ Jürgens, Die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 194f.

¹³⁸⁰ de Burca, The Principal of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, JCMS 1998, S. 217, 220.

¹³⁸¹ Langguth, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 5 EUV, Rn. 28; Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Auflage, Art. 5 EGV, Rn. 34.

¹³⁸² Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten, S. 109.

¹³⁸³ Neuner, Die Rechtsfortbildung, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, S. 245, 251.

auf das Kompetenzgefüge zwischen Union und Mitgliedstaaten und somit auch auf das Subsidiaritätsprinzip Einfluss.¹³⁸⁴ Zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip sollte der EuGH ergebnisoffen sämtliche Optionen beachten, die ihm für die Interpretation des Unionsrechts zur Verfügung stehen.¹³⁸⁵ Er muss insbesondere berücksichtigen, dass Regulationsmaßnahmen nach Möglichkeit selbstbestimmt auf der Ebene der Mitgliedstaaten ergriffen werden sollen. Das Subsidiaritätsprinzip wird somit für den EuGH eine die Auslegung der Verträge steuernde Maxime.¹³⁸⁶ So wie transnationale Integrationsnormen kompetenzbeschränkende Wirkung gegenüber Mitgliedstaaten haben,¹³⁸⁷ hat das Subsidiaritätsprinzip bei der Prüfung der Vereinbarkeit der mitgliedstaatlichen Maßnahmen mit diesen Vorschriften kompetenzbeschränkende Wirkung für den EuGH.

Als Prüfungsstandort für das Subsidiaritätsprinzip durch den EuGH bietet sich – ebenfalls wie für die begrenzte Einzelermächtigung – die Verhältnismäßigkeit der nationalen Maßnahme an. Um eine ernsthafte Prüfung des Subsidiaritätsprinzips in der Praxis sicherzustellen, ließe sich eine Begründungs- und Berichtspflicht einführen, die den Pflichten zur Begründung von Gesetzgebungsakten und zur Vorlage eines Jahresberichts über die Anwendung des Art. 5 EUV im Subsidiaritätsprotokoll nachempfunden ist. Dies würde die Richter zu einer Sensibilisierung zwingen und wäre effektiver als eine bloße Selbstverpflichtung des EuGH zur Beachtung des Subsidiaritätsprinzips. Bisher umfassen die im Subsidiaritätsprotokoll enthaltenen Begründungs- und Vorlagepflichten nur den regulären Rechtsetzungsprozess der Union.¹³⁸⁸ Da gemäß Art. 51 EUV die Protokolle Bestandteil der Verträge sind und sie somit den Rang von Primärrecht einnehmen, erfordert eine Ausweitung des Subsidiaritätsprotokolls auf Rechtsprechungsprozesse die Durchführung eines Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 EUV. Aufgrund der Vorteile dieses Vorschlages erscheint es jedoch möglich, dass die Hürde genommen wird.

ee) Fazit zu den konkreten Anknüpfungspunkten für die Eingrenzung der Grundfreiheiten

Insgesamt lassen sich verschiedene Ansatzpunkte für die Eingrenzung der Grundfreiheiten benennen. Erstens würde eine kritischere Prüfung des abschließenden Charakters des Se-

¹³⁸⁴ *de Burca*, The Principal of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, JCMS 1998, S. 217, 232/233.

¹³⁸⁵ *de Burca*, The Principal of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, JCMS 1998, S. 217, 234.

¹³⁸⁶ *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 259ff.; *Davies*, Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time, CMLRev. 43 (2006), S. 63, 74.

¹³⁸⁷ Siehe Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10453, Tz. 32/35 – Tas Hagen.

¹³⁸⁸ *de Burca*, The Principal of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, JCMS 1998, S. 217, 222.

kundärrechts in einigen Fällen den Rückgriff auf die Grundfreiheiten versperren. Die Prüfung der Abgeschlossenheit müsste einbeziehen, ob das Nichtbestehen einer sekundärrechtlichen Regelung auf eine fehlende Einigung der Mitgliedstaaten für eine unionsweite Regelung zurückzuführen ist. Zweitens ist, soweit die Inanspruchnahme von Dienstleistungen nicht über die alltägliche Daseinsvorsorge hinausgeht, der Prüfungsmaßstab des Freizügigkeitsrechts und des konkretisierenden Sekundärrechts gegenüber den Grundfreiheiten vorzugswürdig. Hingegen erscheint die Rückbeschränkung der Grundfreiheiten auf reine Diskriminierungsverbote keine echte Option zu sein. Möglich ist jedoch entsprechend der neueren Rechtsprechung des EuGH unter anderen in den Rs. ANETT und DKV Belgium das Kriterium des Marktzugangs auf alle Grundfreiheiten anzuwenden und somit Maßnahmen, die den Marktzugang nicht versperren, von der Grundfreiheitenprüfung auszunehmen.

Auf Rechtfertigungsebene sollten die geschriebenen Rechtfertigungsgründe nicht pauschal eng ausgelegt werden. Insbesondere ist der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung, welcher sich als allgemeine Generalklausel für nationale Interessen verstehen lässt, großzügiger auszulegen. Dies würde in Kombination mit der Anwendung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe auf alle Arten von Diskriminierungen zu einer Eingrenzung der Grundfreiheiten führen, die den Mitgliedstaaten mehr eigenen Handlungsspielraum überließe und die negative Integration bündigt.

Darüber hinaus sollten die kompetenzbeschränkenden Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten vom EuGH beachtet werden.

Dies zeigt, dass zahlreiche Maßnahmen denkbar sind, durch welche sich die negative Integration in ihre Grenzen weisen ließe, um die Asymmetrie zwischen den Integrationsmodi zu verringern.

2. Eingrenzung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts

Auch die großzügige Auslegung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV trägt zur Stärkung der negativen Integration und somit zur Diskrepanz der Integrationsmodi bei, sodass hier ebenfalls Eingrenzungsmöglichkeiten zu untersuchen sind.

a) Ebene des Schutzbereichs

Ausgehend von der Einordnung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts als Grundfreiheit bzw. grundfreiheitsähnliches Recht, das ein Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot umfasst, liegt es nahe, den Schutzbereich des Freizügigkeitsrechts einzuschränken.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass – anders als bei den auf eine wirtschaftliche Tätigkeit bezogenen Grundfreiheiten – für die Anwendung der Freizügigkeit keine weiteren Tatbestandsmerkmale vorliegen müssen.¹³⁸⁹ Das Freizügigkeitsrecht droht somit zu einer Art mit der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG vergleichbarem Auffangrecht zu werden.¹³⁹⁰ Dann könnte faktisch jede das Freizügigkeitsrecht in irgendeiner Form betreffende nationale Regelung an europarechtlichen Vorgaben geprüft werden. Zu diesem Prüfungskanon würden dann auch die Unionsgrundrechte gehören, da sie Teil der in den Verträgen vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen sind. Dies würde jedoch Art. 51 Abs. 1 GRCh aushebeln, wonach Unionsgrundrechte für Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gelten, da über dem Umweg der Prüfung des Freizügigkeitsrechts die Unionsgrundrechte dann auch für nationale Maßnahmen gelten würden, die nicht der Durchführung des Unionsrechts dienen.¹³⁹¹ Wie bei der Begrenzung der Grundfreiheiten drängt sich auch hier der Gedanke auf, eine Anwendung des Freizügigkeitsrechts in allen Bereichen zu versagen, die der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten vorbehalten sind. Dies ist jedoch mit ähnlicher Begründung wie bei den Grundfreiheiten abzulehnen. Das Freizügigkeitsrecht ist auch Kompetenzausübungsschranke und zielt darauf ab, Bereiche zu beeinflussen, die dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten sind.¹³⁹² Legt man unter Betonung der Parallelen zu den Grundfreiheiten die Dassonville-Formel der Bestimmung des Schutzbereichs zugrunde, ist dieser einschlägig, wenn die in Frage stehende Regelung die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigt oder negativ beeinflusst.¹³⁹³ Zu ungewisse und zu unbedeutende Auswirkungen auf die Freizügigkeit würden hingegen nicht in den Schutzbereich fallen.¹³⁹⁴ Die Überlegungen dürfen jedoch nicht bei der Dassonville-Formel enden. Vielmehr muss auch beim allgemeinen Freizügigkeitsrecht untersucht werden, ob die nationale Maßnahme den Marktzugang nicht beschränkt und Inländer sowie Ausländer rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise berührt. Da das allgemeine Freizügigkeitsrecht – im Gegensatz zu den Grundfreiheiten – nicht marktbezogen ist, wäre dies der Fall, wenn die nationale Maßnahme, die auf In- und Ausländer anzuwenden ist,

¹³⁸⁹ Bode, Diskriminierung eigener Staatsangehöriger wegen ausländischer Schulbesuche, EuZW 2002, S. 635, 638; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 301.

¹³⁹⁰ Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 301; Wollenschläger, A New fundamental Freedom beyond Market Integration, European Law Journal 2011, S. 1, 27; Calliess, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, S. 379.

¹³⁹¹ Siehe dazu Graf Vitzthum, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550, 557.

¹³⁹² Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 304.

¹³⁹³ Ähnlich auch Wollenschläger, nach dem für die Eröffnung des Schutzbereichs des allgemeinen Freizügigkeitsrechts die mitgliedstaatlichen Maßnahmen einen „direct or serious effect on the free movement of persons“ haben müssen, A new fundamental Freedom beyond Market Integration, European Law Journal 2011, S. 1, 28; siehe auch Toner, Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights, Yearbook of European Law 2004, S. 275, 297.

¹³⁹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-11/06 und 12/06, Slg. 2007, I-9195, Tz. 32 – Morgan/Bucher.

bei lebensnaher Betrachtung dazu führt, dass der Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch mehr macht.¹³⁹⁵ Mindestvoraussetzung dafür ist, dass der Unionsbürger im konkreten Fall sein Freizügigkeitsrecht bereits in Anspruch genommen hat beziehungsweise eine Inanspruchnahme versucht hat. Auf den grenzüberschreitenden Bezug des Sachverhalts ist zur Vermeidung einer uferlosen Ausweitung des Freizügigkeitsrechts nicht zu verzichten. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsprechung in den Rs. *Zambrano* und *Rottmann* zum Kernbestand an Rechten, die aus der Unionsbürgerschaft fließen, zu betonen. Denn der EuGH geht in diesen beiden Urteilen davon aus, dass bei dem Kernbestand unionsbürgerlicher Rechte ein grenzüberschreitendes Element nicht mehr erforderlich sei.

Für die diskutierten Fälle aus dem Tourismusbereich würde sich hieraus Folgendes ergeben: In den Rs. *Calfa* und *Wijsenbeek* wären die nationalen Maßnahmen am allgemeinen Freizügigkeitsrecht zu messen, da sie die betroffenen Personen davon abhalten, ihr Freizügigkeitsrecht auszuüben. Im Fall *Carpenter* wäre das allgemeine Freizügigkeitsrecht nicht einschlägig, da die Auswirkungen der Ausweisung der Ehefrau auf die Ausübung des Freizügigkeitsrechts des Ehemannes zu ungewiss und unbedeutend sind. Insbesondere hat im konkreten Fall Herr Carpenter von seinem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht und dies auch nicht versucht. Der Schwerpunkt der Rs. *Cowan* sowie der Rs. *Bickel und Franz* betrifft keine Frage der Freizügigkeit, sondern der Diskriminierung gegenüber Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates, sodass die vorgeschlagene Auslegung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts keine relevanten Änderungen bringt.

b) Schrankenebene

Fraglich ist, ob auch eine Auslegung der Beschränkungen und Bedingungen, die die Verträge und Durchführungsvorschriften vorsehen, auf eine Weise möglich ist, welche den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten besser schützt. Oberstes Gebot bei der Beeinträchtigung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts ist die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Insbesondere sind Beeinträchtigungen zulässig, die unter den *Ordre public*-Vorbehalt fallen, also der Wahrung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit dienen.¹³⁹⁶ Der *Ordre public*-Vorbehalt wird auch beim allgemeinen Freizügigkeitsrecht eng ausgelegt.¹³⁹⁷ Entsprechend der großzügigeren Auslegung des unbestimmten Rechts-

¹³⁹⁵ Siehe dazu auch *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, Europa-recht Beiheft 1/2007, S. 7, 30.

¹³⁹⁶ EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6207, Tz. 43 – *Wijsenbeek*; *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV, Rn. 19; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 161; *Becker*, Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, *EuR* 1999, S. 522, 529f.

¹³⁹⁷ Zur engen Auslegung vgl. *Huber*, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, *ZaöRV* 68 (2008), S. 307, 317.

begriffs der öffentlichen Ordnung bei der Dienstleistungsfreiheit bietet es sich auch hier an, Regelungen, die das allgemeine Freizügigkeitsrecht einschränken und bestimmten mitgliedstaatliche Interessen dienen, unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung einer Rechtfertigungsprüfung zu unterziehen.

Darüber hinaus sollte der EuGH auch beim allgemeinen Freizügigkeitsrecht im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der nationalen Maßnahme die die Kompetenzen der Union beschränkenden Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität in die Abwägung einbeziehen.¹³⁹⁸

c) Fazit zur Eingrenzung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts

Es besteht somit auch beim allgemeinen Freizügigkeitsrecht die Möglichkeit, einer uferlosen Anwendung entgegenzuwirken. Der Schutzbereich sollte nur einschlägig sein, wenn die in Frage stehende Regelung die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigt. Nationale Maßnahmen mit zu ungewisser und/oder zu unbedeutender Auswirkung auf die Freizügigkeit sind nicht an Art. 21 AEUV zu messen. Bei unterschiedslos anwendbaren und wirkenden Maßnahmen muss die Maßnahme bei lebensnaher Betrachtung dazu führen, dass der Unionsbürger an der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts tatsächlich gehindert ist. Auch muss der Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht tatsächlich Gebrauch gemacht haben. Um nationale Interessen besser berücksichtigen zu können, wird auf der Schrankenebene – wie bei den Grundfreiheiten – eine Abkehr von der engen Auslegung des Rechtsbegriffs der öffentlichen Ordnung empfohlen. Darüber hinaus sind bei der Verhältnismäßigkeit der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip vom EuGH in der Abwägung zu berücksichtigen.

3. Eingrenzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots

Das allgemeine Diskriminierungsverbot wurde durch die Rechtsprechung des EuGH in seinem Anwendungsbereich ebenfalls stark erweitert, sodass nach Einschränkungsmöglichkeiten zu suchen ist.

a) Ebene des Schutzbereichs

Die breitere Anwendbarkeit des allgemeinen Diskriminierungsverbotes ist insbesondere auf die Verknüpfung mit dem grundfreiheitlichen und allgemeinen Freizügigkeitsrecht beim Tatbestandsmerkmal „Anwendungsbereich der Verträge“ zurückzuführen. Trotz der

¹³⁹⁸ Siehe dazu bereits die Ausführungen in Kapitel 6, B., IV., 1., b), dd).

primärrechtlichen Verankerung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts wird die Rechtsprechung, nach welcher eine rein potentielle Inanspruchnahme von Dienstleistungen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts über die passive Dienstleistungsfreiheit ausreicht,¹³⁹⁹ nicht obsolet. Denn inzwischen geht der EuGH noch weiter und eröffnet nicht nur über einen äußerst geringen Bezug zur passiven Dienstleistungsfreiheit den Anwendungsbereich der Verträge, sondern lässt sogar den Status als Unionsbürger oder eine äußerst vage Anknüpfung an die Freizügigkeit ausreichen, um den Anwendungsbereich der Verträge zu eröffnen.¹⁴⁰⁰ Mithin wurde seit der Festschreibung der allgemeinen Freizügigkeit im Primärrecht das Spektrum für die Anwendbarkeit des allgemeinen Diskriminierungsverbotes sogar erweitert, da auf einen wirtschaftlichen Bezug, welcher zumindest prinzipiell bei der Anknüpfung an die Dienstleistungsfreiheit noch notwendig war, nun verzichtet wird.

Um dieser Entwicklung entgegenzutreten, wird in Betracht gezogen, den Anwendungsbereich der Verträge nur dann als eröffnet anzusehen, wenn eine Kompetenz der Union zur Regelung auf dem jeweiligen Gebiet besteht oder das Gebiet bereits Gegenstand einer Rechtsharmonisierung ist.¹⁴⁰¹ Dieser Ansatz ist allerdings aus denselben Gründen nicht weiter zu verfolgen wie auch eine Reduzierung der Grundfreiheiten auf Kompetenzbereiche der Union nicht sinnvoll ist. Ein solches Vorgehen würde den materiellen Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Diskriminierungsverbotes zu stark einschränken. Die Frage, ob der betroffene Sachbereich in die Unionskompetenzen fällt oder bereits gemeinschaftsrechtlich geregelt ist, ist allerdings bei der weiteren Prüfung in die Würdigung des Einzelfalls einzubeziehen.¹⁴⁰² Andererseits sollte die bloße Existenz eines – auch noch so fernen – Bezuges des Sachverhalts zur Freizügigkeit oder einer Grundfreiheit für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages nicht ausreichen. Vielmehr ist ein gewisses Maß an Intensität des Bezuges zu fordern. *Epiney* stellt für die Bestimmung des Intensitätsgrades einen Zusammenhang zur *Dassonville*-Formel her und verlangt, dass die in Frage stehende Regelung die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts direkt oder indirekt,

¹³⁹⁹ *Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV, in: *Epiney/Haag/Heinemann*, Herausforderung von Grenzen, S. 661, 673.

¹⁴⁰⁰ EuGH, Rs. C-224/98, Slg. I-2002, S. 6212, Tz. 29ff – Marie-Nathalie D’Hoop; vgl. Anmerkung von *Bode*, EuR 2002, S. 635, 638; vgl. auch EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2708, Tz. 55 – Sala; EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6229, Tz. 33 – Grzelczyk; EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11635, Tz. 24 – Garcia Avello; EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7595, Tz. 39f. – Trojani dazu *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 7, 33; vgl. kritisch *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185ff.

¹⁴⁰¹ *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Auflage, Art. 12 EGV, Rn. 12; *Schroeder*, Der Praktische Fall – Europarecht, JuS 1995, S. 1010, 1012; siehe auch *Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV, in: *Epiney/Haag/Heinemann*, Herausforderung von Grenzen, S. 661, 673.

¹⁴⁰² Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10453, Tz. 32f. – Tas-Hagen; vgl. dazu unten unter Kapitel 6, B., IV., 1., b), dd), ccc).

tatsächlich oder potentiell beeinträchtigt oder negativ beeinflusst.¹⁴⁰³ Als zusätzliches Korrektiv sollte auch eine gewisse räumliche, inhaltliche und zeitliche Nähe des Sachverhalts zum Freizügigkeitsrecht gegeben sein.¹⁴⁰⁴ Die Einbeziehung eines Keck-Äquivalents ist beim allgemeinen Diskriminierungsverbot nicht nötig, da es unterschiedslos anwendbare und wirkende Maßnahmen nicht verbietet.¹⁴⁰⁵ Demnach kann die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge durch eine nationale Maßnahme, die unter ein Keck-Äquivalent fallen würde, nicht dazu führen, dass diese Maßnahme wegen eines Verstoßes gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot untersagt wird.

Für die bisherige Rechtsprechung im Tourismusbereich bedeutet dies, dass es noch vertretbar war, in der Rs. *Cowan* den Anwendungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbotes als eröffnet zu betrachten. Die französische Regelung, die den Anspruch auf Entschädigung bei unaufgeklärten Straftaten für Nichtfranzosen von besonderen Voraussetzungen abhängig macht, kann die Wahrnehmung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts indirekt beeinflussen. Selbiges gilt für die Rs. *Bickel und Franz*. Auch hier hat die Regelung, nach welcher nur Angehörigen einer deutschsprachigen Minderheit der Gebrauch ihrer Muttersprache vor Gericht gestattet ist, das Potential, die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts zu beeinflussen. In der Rs. *Spanische Museen* wäre das Freizügigkeitsrecht in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot anwendbar. In der Rs. *Dogenpalast* hingegen wäre – wie oben dargestellt – das Diskriminierungsverbot nicht betroffen, da keine direkte oder indirekte Diskriminierung, sondern lediglich eine Beschränkung vorliegt.

b) Schrankenebene

Wie bereits ausgeführt hat die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 18 AEUV dazu geführt, dass auch die Rechtfertigungsmöglichkeiten großzügig ausgelegt werden.¹⁴⁰⁶ Geschriebene Rechtfertigungsgründe enthält Art. 18 AEUV nicht. Als ungeschriebene Rechtfertigungsmöglichkeiten kommen grundsätzlich alle Interessen des Allgemeinwohls in Betracht, wobei wirtschaftliche Gründe von der Rechtfertigung ausgeschlossen sind.¹⁴⁰⁷ Darüber hinaus ist die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zentral. Da bereits nicht nur

¹⁴⁰³ *Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV, in: *Epiney/Haag/Heinemann*, Herausforderung von Grenzen, S. 661, 675.

¹⁴⁰⁴ *Bode*, Diskriminierungen eigener Staatsangehöriger wegen ausländischen Schulbesuchs, *EuZW* 2002, S. 635, 639.

¹⁴⁰⁵ *von Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn. 19; *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 20.

¹⁴⁰⁶ Siehe dazu *Bode*, Diskriminierung eigener Staatsangehöriger wegen ausländischen Schulbesuchs, *EuZW* 2002, S. 635, 639; *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 21.

¹⁴⁰⁷ EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-732, Tz. 19 ff. – *Dogenpalast*; *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 38.

indirekte, sondern auch direkte Diskriminierungen der Rechtfertigung durch objektive Kriterien zugänglich sind,¹⁴⁰⁸ besteht keine Notwendigkeit für eine darüber hinausgehende Erweiterung der Rechtfertigungsmöglichkeiten.

Jedoch ist auch beim allgemeinen Diskriminierungsverbot zu unterstreichen, dass die Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten und das Subsidiaritätsprinzip innerhalb der Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit nicht unerheblichem Gewicht einbezogen werden müsste. Darüber hinaus ist bei der Verhältnismäßigkeit der Türöffner zum Anwendungsbereich des Vertrages einzubeziehen. Das Freizügigkeitsrecht kann danach nur insoweit die Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes eröffnen, als es selbst reicht, sodass der Aufenthaltsstatus das Recht auf Gleichbehandlung nach Art. 18 AEUV beeinflusst.¹⁴⁰⁹

c) **Fazit zur Eingrenzung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes**

Beim allgemeinen Diskriminierungsverbot bietet das Tatbestandsmerkmal „im Anwendungsbereich der Verträge“ das größte Potential für die Eingrenzung der negativen Integration. Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs über das Freizügigkeitsrecht sollte die in Frage stehende Regelung die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigen oder negativ beeinflussen können. Zusätzlich wäre auf eine zeitliche, räumliche und inhaltliche Nähe des entscheidungserheblichen Sachverhalts zum Freizügigkeitsrecht abzustellen. Abgesehen von der Beachtung der Kompetenzverteilung und des Subsidiaritätsprinzips bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind keine weiteren Begrenzungsmöglichkeiten des allgemeinen Diskriminierungsverbotes ersichtlich.

V. **Fazit zur Eingrenzung der negativen Integration**

Die Ansatzpunkte für die Eingrenzung der negativen Integration sind vielfältig. Vor ihrer abschließenden Darstellung sei betont, dass die negative Integration durchaus positiven Einfluss auf die europäische Entwicklung hatte. Der EuGH hat als Motor der Integration maßgeblich zum Erfolg der Europäischen Union beigetragen. Allerdings ist die Rolle des Gerichtshofs unter Einbeziehung des jeweiligen Integrationsstandes und politischen Kontextes zu bewerten. Wegen der bestehenden Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration und den damit verbundenen Problemen ist eine Eingrenzung der negativen Integration erstrebenswert. Selbstverständlich ist bei der Eingrenzung der negativen Integra-

¹⁴⁰⁸ EuGH, C-524/06, Slg. 2008, I-9705, Tz. 76 – Huber; EuGH, Rs. C-122/96, Slg. 1997, I-5336, Tz. 26 ff. – Saldanha; *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 24.

¹⁴⁰⁹ *Kingreen*, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007, S. 43, 59.

tion darauf zu achten, dass sich der Integrationsprozess nicht in sein Gegenteil verkehrt. Der Schutz nationaler Belange ist stets eine Gratwanderung zwischen integrationspolitischer Klugheit und fataler Desintegration.¹⁴¹⁰ Des Weiteren ist zuzugeben, dass die diskutierten Maßnahmen zur Eingrenzung der negativen Integration zum Teil nur einzelne Kritikpunkte an der Asymmetrie der beiden Integrationsmodi abmildern.

1. Ansatzpunkte außerhalb der Anwendung transnationaler Integrationsnormen

Der Ungehorsam der Mitgliedstaaten gegenüber dem EuGH, sei es durch Aufkündigung der Präjudizwirkung der Urteile oder durch Nichtanwendung des Vorlageverfahrens, scheidet als Ansatzpunkt aus.¹⁴¹¹ Selbst wenn der Ungehorsam nur nach vorangestelltem Ratsbeschluss ausgeübt werden würde, bestünde die Gefahr einer Frontenbildung zwischen dem EuGH und den Mitgliedstaaten, der Infragestellung der Unabhängigkeit des Gerichtshofs sowie der nachträglichen Politisierung der Rechtsprechung während der Verhandlung des Ratsbeschlusses. Politisch kontrollierte Opt-out-Möglichkeiten in Form eines einer Verurteilung zuvorkommenden Ratsbeschlusses vermeiden einen offenen Konflikt mit dem EuGH und wahren die Unabhängigkeit der Rechtsprechung.

Die Einrichtung eines paritätisch aus Richtern der Mitgliedstaaten und des EuGH besetzten Kompetenzgerichts hat den Vorteil, dass sich eine Politisierung der Rechtsprechung umgehen ließe und die Loyalität der Mitgliedstaaten gegenüber der Rechtsprechung dieses Gerichtes gewährleistet wäre. Allerdings treten Kompetenzkonflikte nicht unabhängig von Sachfragen auf und fast jede Handlung der Organe der Europäischen Union kann eine Kompetenzüberschreitung beinhalten. Das zu erschaffende Kompetenzgericht würde somit ungewollt als eine Superrevisionsinstanz zum EuGH agieren.

Die Einführung von Sondervoten am EuGH scheint demgegenüber ein realistischer Ansatzpunkt für die Eingrenzung der negativen Integration zu sein, da sie den EuGH aus seiner Pfadabhängigkeit befreien und die Gefahr der mangelnden Loyalität der Mitgliedstaaten verringern könnten. Ein Vorteil dieses Ansatzes ist auch, dass für die Umsetzung in der Satzung des Gerichtshofes kein Vertragsänderungsverfahren, sondern lediglich ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren mit qualifiziertem Mehrheitserfordernis notwendig ist. Darüber hinaus empfiehlt es sich, die nationalen Parlamente bei der Vergabe der Richterposten am EuGH zu beteiligen. Dies verringert zwar nicht direkt die Diskrepanz zwischen

¹⁴¹⁰ von Danwitz, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, EuR 2008, S. 769, 784.

¹⁴¹¹ Siehe oben unter Kapitel 6, B., I., 1.

negativer und positiver Integration, verbessert jedoch die demokratische Legitimation der Urteile des Gerichtshofs und lindert somit unerwünschte Folgen der Asymmetrie.

Die stärkere Begrenzung des Richterrechts ist ein Ansatz, der auf breiter Ebene die Rechtsprechung beeinflussen kann. Der EuGH sollte bei der Füllung bestehender Regelungslücken in Betracht ziehen, dass die Lücken auf eine fehlende politische Einigung zurückzuführen sein können und deshalb der Abgeschlossenheit des Sekundärrechts nicht entgegenstehen. Auch bei der Auslegung politischer Formelkompromisse sollte er den Willen der Gesetzgeber als äußerste Auslegungsgrenze beachten. Insgesamt sollte der Gerichtshof grundsätzliche politische Gestaltungsfragen den politischen Organen überlassen.

2. Ansatzpunkte innerhalb der Anwendung transnationaler Integrationsnormen

Neben den genannten Maßnahmen reduziert eine geänderte Rechtsprechung zu den transnationalen Integrationsnormen, wie den Grundfreiheiten, dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot, die negative Integration. Dabei ist das Zusammenspiel der Prüfung des Schutzbereichs und der Schranken der Normen relevant.

In Fällen, in denen die Inanspruchnahme von Dienstleistungen nicht über die alltägliche Daseinsvorsorge hinausgeht, ist der Prüfungsmaßstab des Freizügigkeitsrechts und des konkretisierenden Sekundärrechts gegenüber der Dienstleistungsfreiheit vorzugswürdig. Hingegen ist die Rückbeschränkung der Grundfreiheiten auf reine Diskriminierungsverbote keine realistische Option. Allerdings sollten bei allen Grundfreiheiten – als Äquivalent zur Keck-Formel – Maßnahmen, die den Marktzugang nicht behindern, vom Prüfungsmaßstab ausgeschlossen werden. Auf Rechtfertigungsebene bietet es sich an, den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung als Generalklausel für nationale Interessen weiter auszulegen. In Kombination mit der Anwendung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf alle Arten von Diskriminierungen würde dies den Mitgliedstaaten mehr eigenen Handlungsspielraum sichern.

Bei allen transnationalen Integrationsnormen lässt sich durch die Beachtung kompetenzbegrenzender Grundsätze, wie der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität, bei der Abwägung nationaler Interessen mit Interessen der Union in der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten stärken. Die kompetenzbeschränkenden Prinzipien gelten für alle Organe der Union, mithin auch für die Judikative. Diese Vorgehensweise wird von Art. 4 Abs. 2 EUV gestützt, wonach die nationale Identität der Mitgliedstaaten von der Union, und somit auch vom EuGH zu beachten ist. Die Beachtung durch den EuGH könnte durch die Einführung einer Pflicht zur Darlegung der Auswirkung des Urteils auf die kompetenzbeschränkenden Prinzipien sichergestellt werden. Eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Zielen der Uni-

on, die die Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Union berücksichtigt, würde viele Kritikpunkte der Asymmetrie entschärfen. Die Anforderungen des Demokratieprinzips ließen sich sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene besser verwirklichen, der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten wäre weniger stark eingeschränkt, die Gefahr der mangelnden Loyalität der Mitgliedstaaten wäre verringert und auch die Wettbewerbsneutralität der Wirtschaftsverfassungen der Mitgliedstaaten wäre besser gewahrt. Ein weiterer Vorteil dieses Ansatzes ist außerdem, dass seine Umsetzung durch den EuGH nicht zwingend einer Vertragsänderung bedarf.¹⁴¹²

Auch im Zusammenhang mit dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht besteht Begrenzungspotential. Der Schutzbereich sollte nur eröffnet sein, wenn die in Frage stehende Regelung die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigt oder negativ beeinflusst. Bei unterschiedslos anwendbaren und wirkenden Maßnahmen muss der Unionsbürger an der Wahrnehmung seines Freizügigkeitsrechts durch die nationale Maßnahme tatsächlich gehindert werden. Auch muss der Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht tatsächlich Gebrauch gemacht haben. Auf der Schrankebene ist auch hier eine Abkehr von der engen Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung wünschenswert, um eine bessere Berücksichtigung nationaler Interessen zu ermöglichen.

Beim allgemeinen Diskriminierungsverbot bietet das Tatbestandsmerkmal „im Anwendungsbereich der Verträge“ das größte Potential für die Verminderung der Diskrepanz zwischen positiver und negativer Integration. Es ist nicht nur irgendein, sondern ein qualitativ hochwertiger Bezug zum Anwendungsbereich der Verträge zu fordern. Bei der Anknüpfung an die Freizügigkeit bedeutet dies, dass die in Frage stehende Regelung die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts zumindest direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigen oder negativ beeinflussen können muss. Zusätzlich lässt sich auf eine zeitliche, räumliche und inhaltliche Nähe des entscheidungserheblichen Sachverhalts zum Freizügigkeitsrecht abstellen.

Die vorgenannten Ansatzpunkte, die sich auf die Anwendung und Auslegung transnationaler Integrationsnormen beziehen, beseitigen viele Kritikpunkte der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration. Das Demokratieprinzip ließe sich sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene durch die Rückbesinnung der Judikative auf ihre eigentliche Funktion besser verwirklichen. Ferner wäre der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten weiter, die Loyalität der Mitgliedstaaten würde zunehmen und auch die Wettbewerbsneutralität der Wirtschaftsverfassungen der Mitgliedstaaten bliebe gewahrt. Die

¹⁴¹² Dies gilt zumindest, soweit auf die Einführung einer Begründungspflicht hinsichtlich der Auswirkungen der Rechtsprechung auf die kompetenzbeschränkenden Prinzipien verzichtet wird.

bessere Vorhersehbarkeit des Prüfungsmaßstabes des EuGH würde auch die Rechtssicherheit innerhalb der Europäischen Union stärken.

C. Gesamtbewertung der Ansätze zur Abmilderung der Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration im Tourismusbereich

Bei der Gesamtbewertung der Lösungsvorschläge zur Stärkung der positiven und Begrenzung der negativen Integration im Tourismusbereich ist zu beachten, dass die Umsetzung von Lösungsvorschlägen, die ein Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 EUV erforderlich machen, sehr schwierig ist. Ebenso wird der EuGH seine Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten nicht von einem Beschränkungsverbot zu einem Diskriminierungsverbot zurückentwickeln. Daher werden Lösungen bevorzugt, die innerhalb der aktuellen vertraglichen Gegebenheiten zur Abschwächung der Asymmetrie beitragen. Da weder die positive Integration in einem Maß gestärkt werden kann, durch das sie zur negativen Integration aufschließt, noch die negative Integration vollkommen zurückgedrängt werden kann – und dies auch nicht soll –, ist eine harmonische gegenseitige Anpassung der beiden Integrationsmodi vorzugswürdig.

Im Rahmen der positiven Integration wurde im Vertrag von Lissabon mit Art. 195 AEUV eine Unterstützung-, Ergänzungs- und Koordinierungskompetenz für die Union im Bereich der Tourismuspolitik eingeführt. Auch wenn das Integrationspotential dieser Kompetenz limitiert ist, ist dies ein richtiger Schritt, um die Tätigkeit demokratisch legitimierter Organe auf europäischer Ebene zu erleichtern. Gesetzgebungskompetenzen in an den Tourismus angrenzenden Bereichen wurden bereits zum Erlass von Sekundärrecht herangezogen. Außerdem ist die Brauchbarmachung von Kompetenzen aus angrenzenden Bereichen nur möglich, soweit der Schwerpunkt nach Inhalt und Zweck der Regelung bei der in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlage liegt. Ein weiterer Ansatzpunkt zur Stärkung der positiven Integration ist die Korrektur oder Kodifizierung der Rechtsprechung durch das Primär- und/oder Sekundärrecht. Allen Lösungsansätzen, die Rechtsetzung auf europäischer Ebene umfassen, ist gemein, dass die im jeweiligen Verfahren erforderliche Mehrheit beziehungsweise Einstimmigkeit im Rat erreicht werden muss. Schwierigkeiten, die erforderliche Mehrheit zu erlangen, können nur zum Teil über Opt-outs oder die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit einiger weniger Mitgliedstaaten gelöst werden. Keine Gesetzgebungsaktivitäten auf europäischer Ebene erfordert die Anwendung der offenen Methode der Koordinierung, nach der jedoch rechtsverbindliche Maßnahmen nicht möglich sind. Auch die verstärkte Einbeziehung nationaler Parlamente in den europäischen Rechtsetzungsprozess erfordert keine gesonderten Gesetzgebungsak-

tivitäten, der tatsächliche Nutzen des Verfahrens in Art. 12 EUV bleibt allerdings zunächst abzuwarten.

Die Schwächung der negativen Integration durch den Ungehorsam einzelner Mitgliedstaaten gegenüber den Urteilen des EuGH scheidet aufgrund der Gefahr der Frontenbildung zwischen dem Gerichtshof und den Mitgliedstaaten sowie aus Rechtstaatlichkeitsbedenken aus. Von den verschiedenen Ansatzpunkten wie der Einführung von Opt-out-Möglichkeiten, der Schaffung eines Kompetenzgerichts, der stärkeren Beteiligung nationaler Parlamente bei der Wahl der EuGH-Richter sowie der Einführung von Sondervoten am EuGH ist einzig der letztgenannte Ansatzpunkt ohne Vertragsänderungsverfahren durchsetzbar. Sondervoten sind somit eine realistische Möglichkeit, die negative Integration zu begrenzen.

Darüber hinaus kann insbesondere durch eine Rechtsprechungsänderung zu den transnationalen Integrationsnormen der Anteil der negativen Integration reduziert werden. Generell sollte der EuGH bei der Prüfung der Abgeschlossenheit des Sekundärrechts einbeziehen, dass das Nichtbestehen einer sekundärrechtlichen Regelung auf eine fehlende politische Einigung zurückzuführen sein kann. Außerdem ist die Dienstleistungsfreiheit nicht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, wenn die Inanspruchnahme von Dienstleistungen nicht über die alltägliche Daseinsvorsorge hinausgeht. Des Weiteren sind Regelungen, die unterschiedslos Wirkung entfalten und den Marktzugang nicht behindern, von der Überprüfung anhand der Grundfreiheiten ausgeschlossen. Auf Schrankenebene der Grundfreiheiten und des allgemeinen Freizügigkeitsrechts könnte die Generalklausel der öffentlichen Ordnung als Rechtfertigungsmöglichkeit für nationale Interessen ausgelegt sowie die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf alle Arten von Diskriminierungen angewendet werden.

Beim allgemeinen Freizügigkeitsrecht sollte der Schutzbereich nur einschlägig sein, wenn die in Frage stehende Regelung die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigt. Außerdem sollte – äquivalent zur Keck-Rechtsprechung – bei unterschiedslos anwendbaren und wirkenden Maßnahmen die Maßnahme tatsächlich dazu führen, dass der Unionsbürger an der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts gehindert ist.

Beim allgemeinen Diskriminierungsverbot bietet das Tatbestandsmerkmal „im Anwendungsbereich der Verträge“ das größte Potential für die Verminderung der Asymmetrie. Die Bejahung dieses Tatbestandsmerkmals sollte einen qualitativ hochwertigen Bezug zum Anwendungsbereich der Verträge erfordern. Bei der Anknüpfung an die Freizügigkeit muss die in Frage stehende Regelung die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts zumindest direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigen können. Zusätzlich

ist auf eine zeitliche, räumliche und inhaltliche Nähe des Sachverhalts zur Freizügigkeit abzustellen.

Darüber hinaus erscheint es erfolgsversprechend, bei allen transnationalen Integrationsnormen auf eine strikte Einhaltung der kompetenzbeschränkenden Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität durch die Rechtsprechung des EuGH zu achten. Diesen Prinzipien sollte bei der Abwägung nationaler Interessen gegenüber Interessen der Europäischen Union in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugunsten der Mitgliedstaaten mehr Gewicht zukommen. Eine die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union berücksichtigende Interessenabwägung würde zahlreichen Kritikpunkten an der Diskrepanz zwischen negativer und positiver Integration entgegenwirken. Außerdem bedarf die Umsetzung dieses Ansatzes nicht zwingend einer Vertragsänderung.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass sich am Beispiel der Tourismuspolitik die Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration besonders eindrucksvoll zeigt. Dieses Phänomen ist jedoch nicht auf den Tourismusbereich beschränkt, sondern auch in anderen Bereichen in der Europäischen Union denkbar. Es ist davon auszugehen, dass die Diskrepanz der Integrationsmodi in anderen Bereichen vergleichbare Probleme wie im Tourismusbereich aufwerfen wird. Inwiefern die Überlegungen dieser Arbeit zur Lösung des Asymmetrieverhältnisses im Tourismusbereich auf andere Bereiche übertragen werden können, bietet sich als Gegenstand künftiger Untersuchungen an.

Kapitel 7: Zusammenfassendes Ergebnis und Zwischenergebnisse in Thesenform

A. Zusammenfassendes Ergebnis

Wie in Kapitel 2 herausgearbeitet beschreibt nach institutioneller Unterscheidung die positive Integration Handlungen der Legislativorgane, die zumeist marktregulierende Auswirkungen haben. Während negative Integration Handlungen der Rechtsprechungsorgane beschreibt, die zumeist marktschaffende Wirkung haben.¹⁴¹³ Zwischen diesen beiden Integrationsmodi besteht eine Asymmetrie zugunsten der negativen Integration. Die negative Integration vollzieht sich schneller und ist in ihrem Geltungsbereich weiter als die positive Integration und die entsprechenden bereichsspezifischen Kompetenzübertragungen an die Union. Diese Asymmetrie ist auf das Zusammenspiel der historisch gewachsenen Schwierigkeiten der Union bei der politischen Einheits- (bzw. Mehrheits)findung und der starken Rolle des Gerichtshofes und des Richterrechts in der Europäischen Union zurückzuführen.

¹⁴¹³ zu den Ausnahmen siehe Kapitel 2., A., III., 4.

Der in vorliegender Arbeit exemplarisch untersuchte Bereich des Tourismus ist von der Asymmetrie besonders betroffen. Zahlreiche Urteile, insbesondere zur Dienstleistungsfreiheit, allgemeinem Freizügigkeitsrecht sowie allgemeinem Diskriminierungsverbot, bauen über den eigentlichen Wortlaut der Verträge hinaus Schranken zwischen den Mitgliedstaaten ab und beeinflussen nationalstaatliche Regelungen. Die positive Integration im Tourismusbereich beschränkt sich hingegen auf unverbindliche Mitteilungen der Kommission und Beschlüsse des Rates. Nur in angrenzenden Politikbereichen, beispielsweise dem Verbraucherschutz oder der Binnenmarktharmonisierung, existieren überhaupt verbindliche Rechtssetzungsakte der Union.

Die nachteiligen Auswirkungen der vorliegend beschriebenen Asymmetrie überwiegen deren positiven Aspekte. Nachteile entstehen sowohl auf horizontaler Ebene, also im Gefüge der Unionsorgane untereinander, als auch auf vertikaler Ebene, also im Zusammenspiel von Union und Mitgliedstaaten. Die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten werden eingeschränkt und der Mangel demokratischer Legitimation für Entscheidungen und Maßnahmen auf europäischer Ebene wird verstärkt.

Die erwünschte Abmilderung dieser Asymmetrie erfolgt vorzugswürdig durch eine gegenseitige Anpassung der beiden Integrationsmodi. Die positive Integration ist zu stärken und die negative Integration zu beschränken. Dabei ist Ansätzen der Vorzug zu geben, die ohne Durchführung eines Vertragsänderungsverfahrens umgesetzt werden können. Eine Stärkung der positiven Integration ließe sich durch ausdrückliche Kompetenzübertragung an die Union und die vollumfängliche Brauchbarmachung dieser Kompetenzen durch die Union erreichen. Um – der Brauchbarmachung möglicherweise entgegenstehende – Mehrheits- oder Einstimmigkeitserfordernisse im Rat einfacher zu überwinden, könnte vermehrt auf Formen der verstärkten Zusammenarbeit zurückgegriffen und Opt-out-Klauseln eingeführt werden. Eine Schwächung der negativen Integration ließe sich (ohne Vertragsänderungsverfahren) insbesondere durch die Einführung von Sondervoten und eine restriktivere Rechtsprechung des Gerichtshofes zu transnationalen Integrationsnormen erreichen. Für eine restriktivere Rechtsprechung können bei der Dienstleistungsfreiheit, dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot unterschiedliche Ansatzpunkte auf den Prüfungsebenen Schutzbereich und Schranken identifiziert werden.¹⁴¹⁴ Eine – im Vergleich zu den in Kapitel 3 untersuchten Fällen – striktere Prüfung der kompetenzbeschränkenden Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung und der Subsidiarität im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wäre bei allen transnationalen Integrationsnormen möglich. Mitgliedstaatliche Interessen könnten so eher Beachtung finden.

¹⁴¹⁴ Vgl. Kapitel 6, B., IV..

B. Zwischenergebnisse in Thesenform

These 1: Eigene Definition der negativen und positiven Integration¹⁴¹⁵

Folgende Abgrenzungspaare beschreiben die beiden Integrationsmodi, wobei jeweils die erstgenannte Eigenschaft für negative Integration und die zweitgenannte Eigenschaft für positive Integration steht: Handlungen der Rechtsprechungsorgane – Handlungen der Legislativorgane (institutionelle Unterscheidung); Primärrecht – Sekundärrecht; marktschaffend – marktregulierend; Verbote – Ausnahmen und Erlaubnisse; einzelfallbezogen – Gültigkeit für die Allgemeinheit sowie gegenseitige Anerkennung – einheitliche neue Regelung.

These 2: Definition des Tourismus¹⁴¹⁶

Der Tourismus ist anhand des Touristen zu definieren. Im europarechtlichen Kontext ist ein Tourist eine Person, die sich vorübergehend, d.h. nicht länger als ein Jahr, an einen Ort außerhalb ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes begibt, um dort einer Tätigkeit nachzugehen, die am Zielort nicht vergütet ist.

These 3: Strukturelle Voraussetzungen negativer Integration¹⁴¹⁷

Die strukturellen Voraussetzungen für die negative Integration sind ein umfangreicher Rechtsschutzauftrag des Gerichtshofs, die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts, der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht sowie die Wirkung der Urteile des EuGH für vergleichbare Sachverhalte in anderen Mitgliedstaaten.

These 4: Negative Integration im Tourismusbereich durch Rechtsprechung stark ausgeprägt¹⁴¹⁸

Der EuGH hat durch die Rechtsprechung zu den transnationalen Integrationsnormen und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts die negative Integration im Tourismusbereich vorangetrieben.

Insbesondere etabliert er neue Typen der Dienstleistungsfreiheit, wie die passive Dienstleistungsfreiheit und die auslandsbedingte Dienstleistung. Insgesamt legt er den Schutzbereich sehr weit aus, indem er die potentielle Möglichkeit, eine Dienstleistungen in Empfang zu nehmen, ausreichen lässt; ein Beschränkungsverbot in die Dienstleistungsfreiheit hineinliest und auch Regelungen, die lediglich das Umfeld der Dienstleistungserbringung

¹⁴¹⁵ Kapitel 2, A.

¹⁴¹⁶ Kapitel 2, B.

¹⁴¹⁷ Kapitel 3, A.

¹⁴¹⁸ Kapitel 3, B.

betreffen, an der Dienstleistungsfreiheit misst. Rechtfertigungsgründe legt er hingegen eng und nicht immer einheitlich aus. Außerdem leitet der Gerichtshof – vor der Einführung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht – aus der passiven Dienstleistungsfreiheit ein begleitendes Aufenthaltsrecht für Touristen für die Dauer des Konsums von Dienstleistungen im Ausland ab. Dieses Freizügigkeitsrecht wird nur zum Teil durch die Einführung der Unionsbürgerschaft und der mit ihr verbundenen allgemeinen Freizügigkeit ersetzt.

Die Rechtsprechung des EuGH nimmt Einfluss auf die Tourismuspolitik und angrenzende Fachgebiete, wie die Gesundheitspolitik, die Kulturpolitik, das Strafprozessrecht und das Aufenthaltsrecht, obwohl in diesen Bereichen nach der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten kein oder nur ein geringer Einfluss der Union vorgesehen ist.

These 5: Keine Positive Integration durch Regelungen im Primärrecht¹⁴¹⁹

Die im Primärrecht enthaltenen transnationalen Integrationsnormen sind der negativen Integration zuzuordnen, da sie die Basis für den Vollzug der negativen Integration durch den EuGH bilden. Soweit die Normen Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass von Sekundärrecht vorsehen, können sie jedoch positive Integration nach sich ziehen.

These 6: Positive Integration durch Sekundärrecht im Tourismusbereich schwach ausgeprägt¹⁴²⁰

Erst seit dem Vertrag von Lissabon existiert eine Handlungskompetenz der Union im Tourismusbereich. Derzeit bestehen in diesem Bereich nur unverbindliche Mitteilungen und Absichtserklärungen der Union. Nur in den angrenzenden Bereichen, wie der Konkretisierung des Binnenmarktes, der Dienstleistungsfreiheit, der Freizügigkeit, der Verbraucherschutzpolitik, der Verkehrs- und Kohäsionspolitik sowie der Kulturpolitik bestehen verbindliche Maßnahmen. Durch die weite Auslegung und Brauchbarmachung der Kompetenzen zur Harmonisierung des Binnenmarktes und der Dienstleistungsfreiheit entsteht dabei die Gefahr der Umgehung des für den Tourismusbereich gemäß Art. 195 Abs. 2 AEUV geltenden Harmonisierungsverbotes.

These 7: Keine positive Integration durch Rechtsprechung zum Sekundärrecht¹⁴²¹

Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Sekundärrechts ist, soweit sie über den Wortlaut des Sekundärrechts hinaus dessen Anwendungsbereich ausdehnt, als negative Integration einzuordnen.

¹⁴¹⁹ Kapitel 4, A.

¹⁴²⁰ Kapitel 4, B.

¹⁴²¹ Kapitel 4, C.

These 8: Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration¹⁴²²

Im Tourismusbereich ist die negative Integration stärker ausgeprägt als die positive Integration. Regelungslücken im nationalen Recht, die durch die negative Integration entstehen, füllt die positive Integration nur zum Teil aus. Außerdem erfasst die positive Integration zumeist andere Aspekte des Tourismusbereichs als die negative Integration. Soweit dieselben Aspekte erfasst sind, ist die Integrationsleistung der positiven Integration geringer, so beispielsweise bei der Unionsbürger- und der Dienstleistungsrichtlinie.

These 9: Nährboden für Asymmetrie¹⁴²³

Die Entstehung der Asymmetrie wurde durch die historische Entwicklung der Union, insbesondere den Luxemburger Kompromiss und das Erfordernis der Einstimmigkeit im Rat begünstigt. Weiterhin haben der weit verstandene Rechtsschutzauftrag des EuGH und die Pfadabhängigkeit des Gerichtshofs zur Entstehung der Divergenz beigetragen.

These 10: Auswirkungen im horizontalen und vertikalen Verhältnis¹⁴²⁴

Auf horizontaler Ebene zwischen den Organen der Union erzeugt die Asymmetrie ein Spannungsverhältnis innerhalb des institutionellen Gleichgewichts, da die Macht sich von den originären Legislativorganen der Union zum Gerichtshof verschiebt. In der vertikalen Dimension zwischen der Union und den Mitgliedstaaten führt die Asymmetrie zu einem Spannungsverhältnis zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, da die Union vermehrt Einfluss in Sachbereiche nimmt, die der Regelung durch die Mitgliedstaaten vorbehalten sind.

These 11: Kritik an der Diskrepanz zwischen negativer und positiver Integration¹⁴²⁵

Der verminderte Einfluss demokratisch legitimierter Organe auf europäischer und nationaler Ebene führt zu einer Vertiefung des auf europäischer Ebene bestehenden Defizits. Des Weiteren führt die Asymmetrie zu Rechtsunsicherheit und aufgrund der nur punktuell ergehenden Entscheidungen verschlechtern sich die Steuerungsmöglichkeiten für die Integration. Ferner schränkt die Asymmetrie den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten sowohl in grenzüberschreitenden als auch in internen Sachverhalten über die Kompetenzübertragung an die Union hinaus ein. Dies birgt die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten die Urteile des EuGH in Zukunft weniger akzeptieren werden. Außerdem erzeugt der Schwerpunkt der Integration auf der Verwirklichung des Binnenmarkts ein Span-

¹⁴²² Kapitel 5, A.

¹⁴²³ Kapitel 5, B.

¹⁴²⁴ Kapitel 5, C.

¹⁴²⁵ Kapitel 5, D.

nungsverhältnis zu der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Wettbewerbsneutralität der Mitgliedstaaten.

These 12: Verringerung der Asymmetrie durch Stärkung der positiven Integration¹⁴²⁶

Im Vordergrund der Stärkung der positiven Integration steht die Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Union. Das Integrationspotential der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenz, welche der Union in Art. 195 AEUV durch den Vertrag von Lissabon im Tourismusbereich übertragen wurde, ist wegen des Harmonisierungsausschlusses in Art. 195 Abs. 2 AEUV begrenzt. Der Rückgriff auf andere Kompetenznormen ist deshalb ebenso beschränkt und eine unendliche Kompetenzübertragung an die Europäische Union nicht möglich.

Weiterer Ansatzpunkt ist die Korrektur der Rechtsprechung durch Sekundärrecht. Schwierigkeiten beim Erreichen erforderlicher Mehrheiten sind nur zum Teil mit Opt-outs oder verstärkter Zusammenarbeit einiger weniger Mitgliedstaaten zu lösen.

Auch die offene Methode der Koordinierung stärkt die positive Integration im Tourismusbereich mangels der Möglichkeit, rechtsverbindliche Maßnahmen zu erlassen, nur wenig. Eine Querschnittsklausel würde zumindest die Achtung der Ziele der Tourismuspolitik bei der Durchführung anderer Politiken unterstreichen.

Die verbesserte Integration nationaler Parlamente in den Rechtsetzungsprozess auf europäischer Ebene würde die demokratische Legitimation der Gesetzgebungsakte im Rahmen der positiven Integration steigern.

Häufig müssten für die Umsetzung der Vorschläge zur Stärkung der positiven Integration die Unionsverträge im Konventverfahren mit anschließender Ratifizierung in allen Mitgliedstaaten geändert werden. In einer Union von 28 Mitgliedstaaten ist eine Einigung bezüglich einer der Änderungsvorschläge daher unwahrscheinlich.

These 13: Verringerung der Asymmetrie durch Eingrenzung der negativen Integration¹⁴²⁷

Die negative Integration kann auf verschiedene Arten eingegrenzt werden.

Ungehorsam der Mitgliedstaaten gegenüber dem EuGH scheidet als Ansatzpunkt wegen des offenen Konflikts mit dem EuGH aus. Opt-outs in Form eines einer Verurteilung zuvorkommenden Ratsbeschlusses vermeiden hingegen einen solchen Konflikt und wahren die Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Ein neues Kompetenzgericht würde zwar die Loyalität der Mitgliedstaaten gewährleisten, eine Superrevisionsinstanz zum EuGH ist allerdings nicht erstrebenswert. Allerdings könnte die Einführung von Sondervoten am

¹⁴²⁶ Kapitel 6, A.

¹⁴²⁷ Kapitel 6, B.

EuGH diesen aus der Pfadabhängigkeit befreien. Darüber hinaus ließe sich durch die Beteiligung der nationalen Parlamente bei der Vergabe der Richterposten die demokratische Legitimation der Urteile des Gerichtshofs verbessern. Außerdem könnte der EuGH grundsätzliche politische Gestaltungsfragen den politischen Organen überlassen.

Auch eine andere Rechtsprechung zu transnationalen Integrationsnormen kann die negative Integration begrenzen. Wenn die Inanspruchnahme von Dienstleistungen nur der alltäglichen Daseinsvorsorge dient, wäre der Prüfungsmaßstab des Freizügigkeitsrechts und des konkretisierenden Sekundärrechts vorzuziehen. Bei allen transnationalen Integrationsnormen sollte im Schutzbereich auf eine Behinderung des Marktzugangs beziehungsweise der Wahrnehmung der Freizügigkeit abgestellt werden. Außerdem ist ein grenzüberschreitender Bezug zu verlangen. Auf Rechtfertigungsebene sind ungeschriebene Rechtfertigungsgründe auf alle Arten von Diskriminierungen anzuwenden. Darüber hinaus bietet es sich an, den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung als Generalklausel für nationale Interessen weit auszulegen. Des Weiteren kann bei allen transnationalen Integrationsnormen durch die Einführung einer Darlegungspflicht des EuGH für die Beachtung kompetenzbegrenzender Grundsätze in der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten gestärkt werden. Beim allgemeinen Diskriminierungsverbot sollte das Tatbestandsmerkmal „im Anwendungsbereich der Verträge“ nur bei einem qualitativ hochwertigen Bezug zum Anwendungsbereich der Verträge bejaht werden.

These 14: Favorisierte Ansätze für die Auflösung der Asymmetrie¹⁴²⁸

Eine gegenseitige Annäherung der beiden Integrationsmodi ist für die Verminderung der Asymmetrie zu favorisieren. Der Umsetzung von Lösungsvorschlägen, die ein Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 EUV erforderlich machen, stehen besonders hohe Hürden entgegen.

Innerhalb der bestehenden Vertragsfassung sollte die Union zur Stärkung der positiven Integration die neue Unterstützung-, Ergänzungs- und Koordinierungskompetenz im Tourismusbereich sowie die Gesetzgebungskompetenzen in angrenzenden Bereichen soweit wie möglich zum Erlass von Sekundärrecht brauchbar machen. Außerdem kann Primär- und/oder Sekundärrecht die Rechtsprechung korrigieren und kodifizieren. Dabei sind die nationalen Parlamente verstärkt in den europäischen Rechtsetzungsprozess einzubeziehen. Schwierigkeiten, die erforderliche Mehrheit zu erlangen, können zum Teil über Opt-outs oder die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit einiger Mitgliedstaaten gelöst werden.

¹⁴²⁸ Kapitel 6, C.

Zur Eindämmung der negativen Integration könnten auf Basis des bestehenden Vertrages im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Sondervoten am EuGH eingeführt werden. Darüber hinaus würde eine Änderung der Rechtsprechung zu den transnationalen Integrationsnormen den Anteil der negativen Integration reduzieren. Das Freizügigkeitsrecht und das konkretisierende Sekundärrecht sind als Maßstab heranzuziehen, wenn die Inanspruchnahme von Dienstleistungen nur der alltäglichen Daseinsvorsorge dient. Außerdem empfiehlt es sich, bei allen transnationalen Integrationsnormen eine Behinderung des Marktzugangs beziehungsweise der Wahrnehmung der Freizügigkeit und einen grenzüberschreitenden Bezug zu verlangen. Auf Rechtfertigungsebene sind ungeschriebene Rechtfertigungsgründe auf alle Arten von Diskriminierungen anzuwenden und der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung als Generalklausel weit auszulegen. Des Weiteren kann durch die Einführung einer Darlegungspflicht des EuGH für die Beachtung kompetenzbegrenzender Grundsätze in der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten gestärkt werden. Beim allgemeinen Diskriminierungsverbot sollte das Tatbestandsmerkmal „im Anwendungsbereich der Verträge“ nur bei einem qualitativ hochwertigen Bezug zum Anwendungsbereich der Verträge bejaht werden.

Literaturverzeichnis

- Acierno, Silvia The Carpenter judgment: fundamental rights and the limits of the Community legal order, *ELRev.* 2003, S. 398-407
- Albath, Lars/
Giesler, Martina Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie – Eine Kodifizierung der Rechtsprechung?, *EuZW* 2006, S. 38-42
- Albin, Silke Das Subsidiaritätsprinzip in der EU, Anspruch und Rechtswirklichkeit, *NvWZ* 2006, S. 629-635
- Arnould, Andreas
von Rechtssicherheit, Tübingen 2006
- Basedow, Jürgen Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Tübingen 1992
- Becker, Ulrich Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, *EuR* 1999, S. 522-533
- Behrens, Peter Integrationstheorie, Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung, *RabelsZ* (45) 1981, S. 8-49
- Bergmann, Jan Handlexikon der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2015
- Bieling, Hans-Jürgen/
Lerch, Marika (Hrsg.) Theorien der Europäischen Integration, 2. Auflage, Wiesbaden 2006
Zitiert als: *Autor*, in: Bieling/Lerch, Theorien der Europäischen Integration
- Blankenagel, Alexander/
Pernice, Ingolf/
Schulze-Fielitz, Helmut (Hrsg.) Verfassung im Diskurs der Welt, *Liber Amicorum* für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004
Zitiert als: *Autor*, in: Blankenagel/Pernice/Schulze-Fielitz, Festschrift Häberle
- Bleckmann, Albert Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofes, *EuR* 1982, S. 1177-1182
- Bode, Stephanie Diskriminierung eigener Staatsangehöriger wegen ausländischer Schulbesuche, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. 7. 2002, Rs. C-224/98 – Marie-Nathalie D’Hoop, *EuZW* 2002, S. 635-639

- Bodewig,
Thomas/ Voß,
Thomas Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union – „schleichende Harmonisierung“ oder notwendige „Konsentierung“ zur Erreichung der Ziele der EU,
EuR 2003, S. 310-326
- Bogdandy, Armin
von Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation, 1. Teil: Entkopplung von Recht und Politik,
Kritische Justiz 2001, S. 264-282;
2. Teil: Neue Wege globaler Demokratie?,
Kritische Justiz 2011, S. 423-442
- Bogdandy, Armin
von Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise,
EuR 2017, S. 487-512
- Bogdandy, Armin
von/ Bast, Jürgen
(Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2009
Zitiert als: *Autor*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht
- Borchardt, Klaus-
Dieter Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 6. Auflage,
Heidelberg 2015
- Borries, Reimer
von Anmerkung zum Urteil spanische Museen,
EuZW 1994, S. 474-475
- Braselmann, Petra Übernationales Recht und Mehrsprachigkeit, Linguistische Überlegungen zu Sprachproblemen in EuGH-Urteilen
EuR 1992, S. 55-74
- Bredt, Stephan Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, Tübingen 2006
- Brockhaus
(Hrsg.) Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Auflage, Leipzig Mannheim 2006
- Bröhmer, Jürgen
(Hrsg.) Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Köln München 2005
Zitiert als: *Autor*, in: Bröhmer, Festschrift Ress
- Broß, Siegfried Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte,
VerwA 92 (2001), S. 425-441
- Brugger,
Winfried/ Kirste,
Stephan/ Ander-
heiden, Michael
(Hrsg.) Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Baden-Baden 2002
Zitiert als: *Autor*, in: Brugger/Kirste/Anderheide, Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt

- Bulterman, Mielle Anmerkung zum Urteil Bickel und Franz, CMLRev. 36 (1999), S. 1325-1334
- Burley, Anne-Marie/ Mattli, Walter Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration, International Organization 1993, S. 41-76
- Calliess, Christian Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Auflage, Baden-Baden 1999
- Calliess, Christian Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929-933
- Calliess, Christian Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie: Von der Dienstleistungsfreiheit zur Dienstleistungsrichtlinie. Und wieder Retour, DVBl. 2007, S. 336-346
- Calliess, Christian Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen 2010
- Calliess, Christian Vereinbarkeit des Ankaufs von Staatsanleihen durch EZB mit EU-Recht – EuGH-Vorlage, Anmerkung NJW 2017, S. 3073-3074
- Calliess, Christian Bausteine einer erneuerten Europäischen Union – Auf der Suche nach dem europäischen Weg: Überlegungen im Lichte des Weißbuchs der Europäischen Kommission zur Zukunft Europas, NVwZ 2019, S. 1-9
- Calliess, Christian 70 Jahre Grundgesetz und europäische Integration: „Take back control“ oder „Mehr Demokratie wagen?“ NVwZ 2019, S. 684-692
- Calliess, Christian/ Korte, Stefan Dienstleistungsrecht in der EU, München 2011
- Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.) EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage, München 2016
Zitiert als: *Autor*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV
- Caporaso, James/ Tarrow, Sidney Polanyi in Brussels: European Institutions and the Embedding of Markets in Society, Washington 2007
- Chemerinsky, Erwin Federal Jurisdiction, 2. Auflage, Boston New York 1994
- Claasen, Dieter Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, EuR 2004, S. 416-438

- Craig, Paul/
de Burca, Grainne
(Hrsg.) The Evolution of EU Law, 2. Auflage, Oxford 2011
Zitiert als: *Autor*, in: Craig/de Burca, The Evolution of EU law
- Cremer, Wolfram Passive Dienstleistungsfreiheit und Freizügigkeit oder Heirat in Dänemark für ein Leben in Deutschland,
NVwZ 2010, S. 494-497
- Cremer, Wolfram/
Bothe, Alexander Die Dreistufenprüfung als neuer Baustein der warenverkehrsrechtlichen Dogmatik,
EuZW 2015, S. 413-418
- Danwitz, Thomas von Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes,
EuR 2008, S. 769-786
- Danwitz, Thomas von Die Rechtsprechung des EuGH zum Entsenderecht – Bausteine für eine Wirtschafts- und Sozialverfassung der EU,
EuZW 2002, S. 239-244
- Dänzer-Vanotti, Wolfgang Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs,
Recht der internationalen Wirtschaft 1992, S. 733-742
- Dashwood, Alan The Limits of European Community Powers,
ELRev. 1996, S. 113-128
- Dauck, Kirsten/
Nowak, Carsten Das Recht auf unionsweite bestmögliche medizinische Versorgung,
EuR 2011, S. 741-745
- Dauses, Manfred/
Ludwigs, Markus
(Hrsg.) Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 48. Ergänzungslieferung,
Stand: Juli 2019, München 2019
Zitiert als: *Autor*, in: Dauses/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts
- Davies, Gareth „Any Place I hang my hat?“ or: Residence is the New Nationality,
European Law Journal 2005, S. 43-56
- Davies, Gareth Subsidiarity: The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time,
CMLRev. 43 (2006), S. 63-84
- de Burca, Grainne The Principal of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor,
JCMS 1998, S. 217-235
- de Burca, Grainne The Principle of Proportionality and its Application in EC Law,
Yearbook of European Law 1993, S. 105-150

- de Burca, Grainne The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union,
ELRev. 2003, S. 814-839
- De Voldere, Isabelle u.a. Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union, September 2009
abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?&item_id=3702
Zitiert als: *de Voldere*, Studie über die Wettbewerbsfähigkeit der Tourismusindustrie in der Europäischen Union,
- Dederichs, Mariele Die Methodik des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften,
EuR 2004, S. 345-359
- Demunter, Christophe/ Dimitrakopoulou, Chrysanthi Tourism in Europe: first results for 2009, Data in focus, 4/2010,
abrufbar unter:
http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-QA-10-004/EN/KS-QA-10-004-EN.PDF
Zitiert als: *Demunter/Dimitrakopoulou*, Tourism in Europe
- Dietz, Sara/ Streinz, Thomas Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten,
EuR 2015, 50-73
- Dietze, Christiane Das Projekt Europa in der Dialektik von freiem Markt und sozialer Gerechtigkeit, Berlin 2009
- Dingemann, Kathrin Zwischen Integrationsverantwortung und Identitätskontrolle: Das „Lissabon“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts,
ZEuS 2009, S. 491-528
- Doehring, Karl Demokratiedefizit in der Europäischen Union?,
DVBl. 1997, S. 1133-1137
- Dornacher, Corinna Schlusskapitel oder Zwischenakt? – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 11.12.2018, Rs. C-493/17 (Weiss u.a.),
EuR 2019, S. 546-553
- Dougan, Michael/ Spaventa, Eleanor Educating Rudy and the non English Patient: a double bill on residency rights under Art. 13 EC,
ELRev. 2003, S. 699-712
- Due, Ole/ Lutter, Marcus/ Schwarze, Jürgen (Hrsg.) Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995
Zitiert als: *Autor*, in: Due/Lutter/Schwarze, Festschrift Everling

- Dupuy, Pierre-Marie/ Fassbender, Bardo/ Shaw, Malcolm N./ Sommermann, Karl-Peter (Hrsg.) Völkerrecht als Wertordnung/Common Values in International Law, Festschrift für Christian Tomuschat, Kehl 2006
Zitiert als: *Autor*, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann, Festschrift Tomuschat
- Eggert, Alexander Anmerkung zu Carpenter, EuZW 2002, S. 603-607
- Ehlers, Dirk (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin 2014
- Enchelmaier, Stefan Europäisches Wirtschaftsrecht, Stuttgart 2005
- Englisch, Joachim Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, Tübingen 2008
- Epiney, Astrid Umgekehrte Diskriminierungen, Köln, Berlin u.a. 1995
- Epiney, Astrid/ Haag, Marcel/ Heinemann, Andreas (Hrsg.) Die Herausforderung von Grenzen – Le défi des frontières – Challenging boundaries, Festschrift für Roland Bieber, Baden-Baden 2007
Zitiert als: *Autor*, in: Epiney/Haag/Heinemann, Festschrift Bieber
- Epping, Volker Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, Der Staat 1997, S. 349-380
- Everling, Ulrich Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ (50) 1986, S. 193-232
- Everling, Ulrich Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2001, S. 217-227
- Faix, Martin Genesis eines mehrpoligen Justizkonflikts: Das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik wertet ein EuGH-Urteil als Ultra-vires-Akt, EuGRZ 2012, S. 597-605
- Fastenrath, Ulrich/ Nowak, Carsten (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, Berlin 2009
Zitiert als: *Autor*, in: Fastenrath/Nowak, Der Lissabonner Reformvertrag
- Ferrera, Maurizio The Boundaries of Welfare, European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection, Oxford New York 2005
Zitiert als: *Ferrera*, The Boundaries of Welfare

- Folz, Hans-Peter Demokratie und Integration, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen, Heidelberg 1999
Zitiert als: *Folz*, Demokratie und Integration
- Franzen, Martin Neue Regeln zum Time-Sharing,
NZM 2011, S. 217-225
- Franzius, Claudio/
Mayer, Franz C./
Neyer, Jürgen
(Hrsg.) Strukturfragen der Europäischen Union, Baden-Baden 2010
Zitiert als: *Autor*, in: Franzius/Mayer/Neyer, Strukturfragen der Europäischen Union
- Franzius, Claudius/
Mayer, Franz C./
Neyer, Jürgen
(Hrsg.) Grenzen der Europäischen Integration, Baden-Baden 2014
Zitiert als: *Autor*, in: Franzius/Mayer/Neyer, Grenzen der Europäischen Integration
- Frenz, Walter Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, Band 6, Institutionen und Politiken, 2. Auflage, Heidelberg 2012
- Frenz, Walter Reichweite des unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht nach den Urteilen Zambrano und McCarthy,
ZAR 2011, S. 221-223
- Freyer, Walter Tourismus – Einführung in die Fremdenverkehrsökonomie, 10. Auflage, München 2011
- Frischhut, Markus Keine ergänzende Erstattung von in anderem Mitgliedstaat entstandenen Krankenhauskosten, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 15. 6. 2010, Rs. C-211/08 – Kommission/Spanien,
EuZW 2010, S. 671-677
- Führich, Ernst Die EU-Pauschalreise-Richtlinie und neue Rechtsprechung von EuGH und BGH,
MDR 2011, S. 1209-1213
- Führich, Ernst Umsetzung der neuen EU-Pauschalreiserichtlinie in das BGB unter besonderer Berücksichtigung des Anwendungsbereichs,
RRa 2016, S. 210-218
- Gaitanides, Charlotte/
Kadelbach, Stefan/
Rodriguez Iglesias, Gil Carlos
(Hrsg.) Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg, Baden-Baden 2005
Zitiert als: *Autor*, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias, Festschrift Zuleeg
- Garner, Bryan A.
(Hrsg.) Black's Law Dictionary, 9. Auflage, St. Paul 2009

- Geiger, Rudolf/
Khan, Daniel-
Erasmus/ Kotzur,
Markus EUV/AEUV Kommentar, 6. Auflage, München 2017
Zitiert als: *Autor*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV
- Gerlinger,
Thomas/ Mose-
bach, Kais/
Schmucker, Rolf
(Hrsg.) Gesundheitsdienstleistungen im Europäischen Binnenmarkt, Frank-
furt am Main 2010,
Zitiert als: *Autor*, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker, Gesundheits-
dienstleistungen im Europäischen Binnenmarkt
- Glöckner, Jochen Grundverkehrsbeschränkungen und Europarecht,
EuR 2000, S. 592-622
- Goll, Ulrich/
Kenntner, Markus Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur
Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten,
EuZW 2002, S. 101-106
- Grabitz, Eberhard Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staats-
bürgerschaft, Köln 1970
- Grabitz, Eber-
hard/ Hilf, Mein-
hard /Nettesheim,
Martin (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 61. Ergänzungs-
lieferung, Stand: April 2017, München 2017
Zitiert als: *Autor*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Euro-
päischen Union
- Grimm, Dieter Die Zukunft der Verfassung II, Berlin 2012
- Grimm, Dieter Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung, Frankfurter
Allgemeine Zeitung vom 10. August 2014, S.11
- Groeben, Hans Vertrag über die Europäischen Union und Vertrag zur Gründung der
von der/ Schwar- Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, 6. Auflage, Band 1-4, Ba-
ze, Jürgen (Hrsg.) den-Baden 2003
Zitiert als: *Autor*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Auf-
lage
- Groeben, Hans Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Band 1-4, Baden-Baden 2015
von der/ Schwar- Zitiert als: *Autor*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches
ze, Jürgen/ Hatje, Unionsrecht
Armin (Hrsg.)
- Grosche, Nils Rechtsfortbildung im Unionsrecht, Tübingen 2011
- Gundel, Jörg Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die
Grundfreiheiten des EGV,
Jura 2001, S. 79-85

- Gundel, Jörg Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische: Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und Durchbrechung der nationalen Bestandskraft?,
EuR 1999, S. 781-788
- Haas, Ernst The Uniting of Europe, 1. Auflage, London 1958
- Häberle, Peter/
Kotzur, Markus Europäische Verfassungslehre, 8. Auflage, Baden-Baden 2016
- Hackspiel, Sabine Opferentschädigung und Europäisches Gemeinschaftsrecht,
NJW 1989, S. 2166-2171
- Hafke, Heinz
Christian Anmerkung zu Luisi und Carbone,
EuR 1984, S. 398-402
- Hailbronner, Kay Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?,
NJW 2004, S. 2185-2189
- Hailbronner, Kay/
Thym, Daniel Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft,
NJW 2011, S. 2008-2014
- Halter, Ulrich Europarecht, Band I und II, 3. Auflage, Tübingen 2017
- Halter, Ulrich/
Bergmann, Andreas (Hrsg.) Der EuGH in der Kritik, Tübingen 2012
Zitiert als: *Autor*, in: Halter/Bergmann, Der EuGH in der Kritik
- Härtel, Ines Handbuch Europäische Rechtsetzung, Heidelberg 2006
- Hatje, Armin Die Dienstleistungsrichtlinie – Auf der Suche nach dem liberalen Mehrwert – Auch eine Herausforderung für die Rechtsanwaltschaft ?
NJW 2007, S. 2357-2363
- Hatje, Armin/
Huber, Peter (Hrsg.) Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, Europarecht Beiheft 1/2007, Baden-Baden 2007
Zitiert als: *Autor*, in: Hatje/Huber, Europarecht Beiheft 1/2007
- Hatje, Armin/
Terhechte, Jörg-Philipp (Hrsg.) Grundgesetz und Europäische Integration, Europarecht Beiheft 1/2010, Baden-Baden 2010
Zitiert als: *Autor*, in: Hatje/Terhechte, Europarecht Beiheft 1/2010
- Hatzopoulos, Vasilis Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services,
CMLRev. 37 (2000), S. 43-82

- Hatzopoulos, Vassilis/
Do, Thien Uyen The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005,
CMLRev. 43 (2006), S. 923-991
- Helfer, Laurence/
Slaughter, Anne-Marie Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication,
Yale Law Journal 107 (1997), S. 273-391
- Herdegen, Matthias Internationales Wirtschaftsrecht, 11. Auflage, München 2017
- Herzog, Roman/
Gerken, Lüder Stoppt den EuGH, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 8. Septem-
ber 2008, Nr. 210, S. 8
- Hilf, Meinhard/
Oeter, Stefan WTO-Recht, 2. Auflage, Baden-Baden 2010
- Hintersteininger, Margit Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, Berlin 1999
- Hochbaum, Ingo Der Begriff der Kultur im Maastrichter und Amsterdamer Vertrag,
BayVBl. 1997, S. 680-685
- Hoffmann, Jan Europäische Union quo vadis? – Ein Beitrag zur „Debatte über die
Zukunft Europas“,
EWS 2019, S. 69-84
- Höfler, Rosemarie Europa auf dem Weg zu einer sozialen Union? Die EuGH-
Rechtsprechung zu unionsrechtlichen Ansprüchen auf Sozialhilfe,
NVwZ 2002, S. 1206-1208
- Hofstötter, Bernhard Zweitwohnsitze in Tirol, Anmerkung zu Konle,
European Law Reporter, 1999, S. 328-331
- Höpner, Martin Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung,
Der moderne Staat 2010, S. 165-185
- Höpner, Martin Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration,
Berliner Journal für Soziologie 2011, S. 203-229
- Höpner, Martin/
Schäfer, Armin A new Phase of European Integration,
MPIfG Discussion Paper 07/04, Köln 2007
- Höpner, Martin/
Schäfer, Armin
(Hrsg.) Die politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt
2008
Zitiert als: *Autor*, in: Höpner/Schäfer, Die politische Ökonomie der
europäischen Integration

- Höreth, Marcus Stille Revolution im Namen des Rechts? Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) im Prozess der europäischen Integration, Discussion Paper des Zentrums für Europäische Integrationsforschung Bonn, C 78 2000
Zitiert als: *Höreth*, Stille Revolution im Namen des Rechts?
- Höreth, Marcus Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH, *Der Staat* 50 (2011), S. 191-226
- Huber, Peter Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, - Zu den unterschiedlichen Perspektiven von unionalem und nationalem Recht, *ZaöRV* 68 (2008), S. 307-326
- Huber, Peter Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte - Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, *EuR* 2008, S. 190-200
- Hummer, Waldemar (Hrsg.) Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Wien 2010
Zitiert als: *Autor*, in: Hummer, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten,
- Hummer, Waldemar/ Obwexer, Walter Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour, *EuZW* 1997, S. 295-305
- Hummer, Waldemar/ Obwexer, Walter (Hrsg.) Der Vertrag von Lissabon, Baden-Baden 2009
Zitiert als: *Autor*, in: Hummer/Obwexer, Der Vertrag von Lissabon
- Iliopoulou, Anastasia/ Toner, Helen Anmerkung zu C-184/99, Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, *CMLRev.* 39 (2002), S. 609-620
- Ipsen, Hans Peter Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972
- Ipsen, Jörn Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975
- Jachtenfuchs, Markus/ Kohler-Koch, Mira (Hrsg.) Europäische Integration, 2. Auflage, Stuttgart 2003
Zitiert als: *Autor*, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Europäische Integration
- Jarass, Hans Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, *AöR* 121 (1996), S. 173-199

- Jürgens, Fabian Die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, München 2010
- Kahlenborn, Walter/ Imbusch, Kerstin/ Turmann, Anna Umweltschutz und Tourismus, Deutsche Tourismusaußenpolitik zwischen GATS und CSD, Berlin 2000
Zitiert als: *Kahlenborn/Imbusch/Turmann*, Umweltschutz und Tourismus
- Kaiser, Joseph H. Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften, EuR 1966, S. 4-24
- Kanitz, Ralf/ Steinberg, Philipp Grenzenloses Gemeinschaftes? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, EuR 2003, S. 1013-1036
- Kaufmann, Marcel Europäische Integration und Demokratieprinzip, Baden-Baden 1997
- Keiler, Stephan/ Stangl, Brigitte/ Pezenka, Ilona (Hrsg.) Reiserecht, Europäisches Reiserechtsforum 2008, Wien 2009
Zitiert als: *Autor*, in: Keiler/Stangl/Pezenka, Reiserecht
- Kingreen, Thorsten Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, Tübingen 2003
- Kingreen, Thorsten Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570-576
- Kingreen, Thorsten Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999
- Kment, Martin Die europäische Gesundheitspolitik und ihre Funktion als Querschnittsaufgabe – Eine Untersuchung des Art. 152 Abs. 1 UAbs. 1 EGV, EuR 2007, S. 275-285
- Knigge, Dagmar Maßnahmen der EG im Bereich des Fremdenverkehrs (Art. 3 Abs. 1 lit u EG), Frankfurt am Main 2001
- Knobbe-Kneuk, Brigitte Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot ?, DB 1990, S. 2573-2584
- Koberski, Wolfgang/ Schierle, Florian Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz gewahrt?, Zugleich Besprechung zum Urteil des EuGH v. 3. 4. 2008 – Rs. C-346/06, RdA 2008, S. 233-238

- Koch, Henning/
Hagel-Sorensen,
Karsten/ Haltern,
Ulrich/ Weiler,
Joseph (Hrsg.) Europe - The New Legal Realism, Essays in Honour of Hjalte Rasmussen, Kopenhagen 2010
Zitiert als: *Autor*, in: Koch/Hagel-Sorensen/Haltern/Weiler, Festschrift Rasmussen
- Kokott, Juliane/
Ost, Hartmut Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht,
EuZW 2011, S. 496-503
- Krajweski, Markus Grenzüberschreitende Patientenmobilität in Europa zwischen negativer und positiver Integration,
EuR 2010, S. 165-189
- Krebber, Sebastian Die Koordinierung als Kompetenzkategorie im EU-Verfassungsentwurf aus dogmatischer Sicht,
EuGRZ 2004, S. 592-596
- Kubicki, Philipp Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft,
EuR 2006, S. 489-511
- Kunzmann, Manuel Wege zu einem einheitlichen Binnenmarkt für Dienstleistungen,
Hamburg 2008
- Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, Tübingen 1911
- Lang, Joachim/
Bergfeld, Katarina Zur „offenen Methode der Koordinierung“ als Mittel der Politikgestaltung in der Europäischen Union,
EuR 2005, S. 381-396
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 1992
- Leible, Stefan
(Hrsg.) Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chancen und Risiken für Deutschland, Jena 2008
Zitiert als: *Autor*, in: Leible, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie
- Lenz, Carl Otto/
Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.) EU-Verträge Kommentar, 6. Auflage, Köln 2012
Zitiert als: *Autor*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge
- Lijphart, Arend Tourist traffic and integration potential,
JCMS 1963, S. 251-262
- Limbach, Jutta Das Bundesverfassungsgericht und das Sondervotum,
JRP 1999, S. 10-12

- Link, Werner Die Entwicklungstendenzen der Europäischen Integration (EG/EU) und die neo-realistische Theorie, Zeitschrift für Politik 48 (2001), S. 302-321
- Linzbach, Christoph/ Lübking, Uwe/ Scholz, Stephanie/ Schulte, Bernd (Hrsg.) Die Zukunft der sozialen Dienste vor der Europäischen Herausforderung, Baden-Baden 2005
Zitiert als: *Autor*, in: Linzbach/Lübking/Scholz/Schulte, Die Zukunft der sozialen Dienste vor der Europäischen Herausforderung
- Lippert, André Die begrenzte Anerkennung – Der EuGH sichert seine Kompetenz. Zugleich ein Beitrag zur Diskussion um gegenseitige Anerkennung und Herkunftslandprinzip, EuR 2007, S. 631-642
- Lippert, André Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, Tübingen 2013
- Loth, Wilfried/ Wessels, Wolfgang (Hrsg.) Theorien europäischer Integration, Opladen 2001
Zitiert als: *Autor*, in: Loth/Wessels, Theorien europäischer Integration
- Ludwigs, Markus Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa, ZEuS 2004, S. 211-248
- Ludwigs, Markus Das PSPP-Urteil des EuGH als Provokation der Eskalation, EWS 2019, Heft 1, Editorial
- Ludwigs, Markus/ Sikora, Patrick Der Zweite Senat zwischen Selbstbehauptung und Kooperation – das OMT-Urteil des BVerfG vom 21.6.2016, EWS 2016, S. 215-222
- Lüke, Gerhard/ Ress, Georg/ Will, Michael (Hrsg.) Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Köln Berlin u.a. 1983
Zitiert als: *Autor*, in: Lüke/Ress/Will, Festschrift Constantinesco
- Machacek, Rudolf Die Einrichtung des „Dissenting Opinion“ im internationalen Vergleich, JRP 1999, S. 1-9
- Maduro, Miguel Poiaras We the Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution, Oxford 1998
- Mager, Ute Anmerkung zu Carpenter, JZ 2003, S. 204-207
- Mahoney, James Path dependence in historical sociology, Theory and Society 2000, S. 507-548

- Majone, Giandomenico Dilemmas of European Integration, Oxford 2005
- Mancini, Federico The Making of a Constitution for Europe, CMLRev. 26 (1989), S. 595-614
- Martinez Soria, José Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen, JZ 2002, S. 643-651
- Mayer, Franz C. Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?, AöR 129 (2004), S. 411-435
- Mayer, Franz C. Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), S. 577-640
- Mayer, Franz C. Zurück zur Rechtsgemeinschaft, Das OMT-Urteil des EuGH, NJW 2015, S. 1999-2003
- McDonald, Kevin Der Begriff der Dienstleistung im europäischen Binnenmarkt und WTO-System (GATS), Frankfurt am Main 2001
- Meessen, Karl M. Maastricht nach Karlsruhe, NJW 1994, S. 549-554
- Merkel, Wolfgang Integration and democracy in the European Community : the contours of a dilemma, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Working Paper, Madrid 1993
- Merten, Detlef (Hrsg.) Föderalismus und Europäische Gemeinschaften, 2. Auflage, Berlin 1990
Zitiert als: *Autor*, in: Merten, Föderalismus und Europäische Gemeinschaften
- Merten, Detlef/Papier, Jürgen (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, Band VI/1, Heidelberg 2010
Zitiert als: *Autor*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte
- Micklitz, Hans-Wolfgang/ Reich, Norbert Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära...“, EuZW 2009, S. 279-286
- Mittag, Jürgen Kleine Geschichte der Europäischen Union, Münster 2008
- Mittmann, Patrick Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Frankfurt am Main 2000

- Molle, Willem The Economics auf European Integration, 3. Auflage, Cambridge 1997
- Möllers, Christoph Mehr oder weniger virtuos. Der Mann am Klavier. Was spielt BGH-Präsident Hirsch?
Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26. Oktober 2006, Nr. 249, S. 37
- Möllers, Thomas Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?,
EuR 1998, S. 20-46
- Moravcsik, Andrew In Defence of the „Democratic Deficit“,
JCMS 2002, S. 603-624
- Moses, Jonathan W. Is Constitutional Symmetry Enough? Social Models and Market Integration in the US and Europe,
JCMS 2011, S. 823-843
- Möstl, Markus Wirtschaftsüberwachung von Dienstleistungen im Binnenmarkt,
DÖV 2006, S. 281-288
- Mühl, Axel Diskriminierung und Beschränkung, Grundsätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages,
Berlin 2004
Zitiert als: *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung
- Müller-Graff, Peter-Christian/
Scheuing, Dieter (Hrsg.) Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit, Beiheft Europarecht 3/2008, Baden-Baden 2008
Zitiert als: *Autor*, in: Müller-Graff/Scheuing, Beiheft Europarecht 3/2008
- Müller-Graff, Peter-Christian/
Schwarze, Jürgen (Hrsg.) Neues Europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht?, Beiheft Europarecht 2/2011, Baden-Baden 2011
Zitiert als: *Autor*, in: Müller-Graff/Schwarze, Beiheft Europarecht 2/2011
- Müller-Graff, Peter-Christian/
Schwarze, Jürgen (Hrsg.) XXII. Fide-Kongress vom 1. bis 4. November 2006 in Limassol, Beiheft Europarecht 3/2007, Baden-Baden 2007
Zitiert als: *Autor*, in: Müller-Graff/Schwarze, Beiheft Europarecht 3/2007,
- Müller, Gerda/
Osterloh, Eilert/
Stein, Torsten Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, München 2008
Zitiert als: *Autor*, in: Müller/Osterloh/Stein, Festschrift Hirsch
- Münchener Kommentar Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/2, 7. Auflage, München 2017
Zitiert als: *Autor*, in: Münchener Kommentar
- Mundt, Jörn Tourismuspolitik, 3. Auflage, München 2006

- Nettesheim, Martin Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität (Art. 48, 52 EGV), NVwZ 1996, S. 342-345
- Nettesheim, Martin Die Kompetenzordnung in Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 2004, S. 511-546
- Nettesheim, Martin Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, S. 737-772
- Nettesheim, Martin Grundrechtskonzeptionen des EuGH im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2009, S. 24-43
- Notarstefano, Cosimo European Sustainable Tourism – Context, concepts and guidelines for action, Global Jean Monnet Conference 2007, The European Union and World Sustainable Development, 2007
Zitiert als: *Notarstefano*, European Sustainable Tourism
- Novak, Meinhard Anmerkung zum Urteil Bickel und Franz, EuZW 1999, S. 84-85
- Nowak, Carsten/Schnitzler, Jörg Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 627-631
- Obwexer, Walter Anmerkung zu Grzelczyk, EuZW 2002, S. 52-58
- Ooyen, Robert van/ Möllers, Martin (Hrsg.) Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden 2006
Zitiert als: *Autor*, in: van Ooyen/Möllers, Das Bundesverfassungsgericht im politischen System
- Oppermann, Thomas/ Classen, Claus Dieter/ Nettesheim, Martin Europarecht, 8. Auflage, München 2018
- Palmer, Robert (Hrsg.) European Cities and Capitals of Culture - Study Prepared for the European Commission, Teil 1, S. 112, August 2004,
abrufbar unter: http://ec.europa.eu/culture/tools/actions/documents/ecoc/cap-part1_en.pdf
Zitiert als: *Palmer*, European Cities and Capitals of Culture
- Papadileris, Vicky Das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs im Recht der Marktfreiheiten, JuS 2011, S. 123-128

- Parlow, Daniel Die EG-Dienstleistungsrichtlinie, Hamburg 2010
- Pechstein, Matthias EU-Prozessrecht, 4. Auflage, Tübingen 2011
- Pechstein, Matthias Entscheidungen des EuGH, 8. Auflage, Tübingen 2014
- Pentland, Charles International Theory and European Integration, London 1973
- Pernthaler, Peter Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, Juristische Blätter 2000, S. 691-701
- Pinder, John Positive integration and negative integration, The world today, Nr. 24, 1968, S. 88-110
- Plötscher, Stefan Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 2003
- Puth, Sebastian Dienstleistungsfreiheit und Ausweisung des Ehegatten, EuR 2002, S. 852-876
- Putnam, Robert D. Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games, International Organization, Vol. 42 Nr. 3 (1988), S. 427-460
- Raible, Martin Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration, Baden-Baden 2006
- Rasmussen, Hjalte On Law and policy in the European Court of Justice, Dordrecht 1986,
- Reich, Norbert Bürgerrechte in der Europäischen Union, Baden-Baden 1999
- Reich, Norbert/Harbacevica, Solvita Citizenship and family on trial: A fairly optimistic overview of recent court practice with regard to free movement of persons, CMLRev. 40 (2003), S. 615-638
- Reich, Norbert/Heine-Mernik, Renate (Hrsg.) Umweltverfassung und nachhaltige Entwicklung in der Europäischen Union, Baden-Baden 1997
Zitiert als: *Autor*, in: Reich/Heine-Mernik, Umweltverfassung und nachhaltige Entwicklung in der Europäischen Union
- Rengeling, Hans-Werner/ Middeke, Andreas/ Gellerman, Martin (Hrsg.) Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 3. Auflage, München 2014
Zitiert als: *Autor*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU
- Ress, Georg Kultur und Europäischer Binnenmarkt, Bonn 1991

- Reyes y Ráfales, Francisco Joel 6 Jahre „Anhänger-Rechtsprechung“ zu Art. 34 Alt. 2 AEUV, DVBl. 2015, S. 268-275
- Riesenhuber, Karl (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 2. Auflage, Berlin New York 2010
Zitiert als: *Autor*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage
- Riesenhuber, Karl (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 3. Auflage, Berlin München Boston 2015
Zitiert als: *Autor*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre
- Ritzer, Christoph Europäische Kompetenzordnung, Baden-Baden 2006
- Rossi, Matthias Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 197-217
- Roth, Günter/
Hilpold, Peter (Hrsg.) Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, Wien 2008
Zitiert als: *Autor*, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten
- Roth, Wulf-Henning Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses, WRP 2000, S. 979-985
- Rotte, Ralph Zur Didaktik politikwissenschaftlicher Theorien der europäischen Integration: Ein praxisorientierter Überblick, ZFHD 2005, S. 54-69
- Saria, Gerhard Reise ins Ungewisse, Reiserecht in einem geänderten Umfeld, Wien 2005,
- Schack, Haimo Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 20.10.1993, Rs. C-92/92 und 326/92 – Phil Collins, JZ 1994, S. 144-147
- Sander, Florian BVerfG, EuGH und EZB im OMT-Verfahren – Wer bietet der Notenbank die Stirn?, EuZW 2016, S. 614-617
- Scharpf, Fritz Regieren in Europa - Effektiv und demokratisch, Frankfurt am Main 1999
- Scharpf, Fritz „Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen“, Mitbestimmung 7+8, 2008, S. 18-23
- Scharpf, Fritz The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a „social market“ economy, Socio-economic Review (2010), 8, S. 211-250

- Scharpf, Fritz Community and Autonomy, Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe, Frankfurt am Main 2010
- Sauer, Heiko Der novellierte Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht,
EuR 2017, S. 186-205
- Scheuing, Dieter
H. Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht,
EuR 2003, S. 744-792
- Schieder, Siegf-
rid/ Spindler,
Manuela (Hrsg.) Theorien der Internationalen Beziehungen, 2. Auflage, Opladen
2006
Zitiert als: *Autor*, in: Schieder/Spindler, Theorien der Internationalen
Beziehungen
- Schilling, Theo-
dor Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, Anmerkung zu
EuGH, Urt. v. 29.4.1999 – Rs. C-224/97 Ciola,
EuZW 1999, S. 405-408
- Schilling, Theo-
dor Singularia non sunt extendenda – Die Auslegung der Ausnahme in
der Rechtsprechung des EuGH,
EuR 1996, S. 44-57
- Schlachter, Mo-
nika/ Ohler,
Christoph (Hrsg.) Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar, Baden-
Baden 2008
Zitiert als: *Autor*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungs-
richtlinie
- Schlaich, Klaus/
Korioth, Stefan Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidun-
gen, 11. Auflage, München 2018
Zitiert als: *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht
- Schmidt, Susanne
K. Gefangen im „lock in“? Zur Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung
des Europäischen Gerichtshofs,
Der moderne Staat 2010, S. 455-473
- Schneider, Hart-
mut Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-
Vertrag, Baden-Baden 1998
- Schneider, Hart-
mut Zum Funktionswandel der Grundfreiheiten des EGV und zu seinen
Auswirkungen auf das nationale Recht,
Neue Justiz 1996, S. 512-515
- Schönberger,
Christoph Unionsbürger, Tübingen 2005
- Schöne, Franz-
Josef Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht,
Köln Berlin u.a. 1989

- Schröder, Klaus-Peter Das BVerfG als Hüter des Staates im Prozess der europäischen Integration,
DVBl. 1994, S. 316-325
- Schröder, Meinhard Vertikale Kompetenzverteilung und Subsidiarität im Konventsentwurf für eine europäische Verfassung,
JZ 2004, S. 8-13
- Schroeder, Werner Der praktische Fall – Europarecht: Auslandsstudium mit Hindernissen,
JuS 1995, S. 1010-1015
- Schubert, Claudia Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht im Konflikt,
RdA 2008, S. 289-298
- Schulz, Guido Freizügigkeit für Unionsbürger, Frankfurt am Main 1997
- Schulze, Reiner/
Zuleeg, Manfred/
Kadelbach, Stefan Europarecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2015
- Schumann, Ekkehard Die Befreiung der Rechtsanwaltschaft von obrigkeitlichen Schranken,
NJW 1990, S. 2089-2097
- Schütz, Hans-Joachim/ Bruha,
Thomas/
König, Doris Casebook Europarecht, München 2004
- Schütze, Robert Cooperative federalism constitutionalised: the emergence of complementary competences in the EC legal order,
ELRev. 2006, S. 167-184
- Schwartzmann, Rolf (Hrsg.) Der Vertrag von Lissabon, 4. Auflage, Heidelberg 2011
- Schwarze, Jürgen Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts,
EuZW 2001, S. 334-339
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) Structure and Dimension of European Community Policy, Baden-Baden 1988
Zitiert als: *Autor*, in: Schwarze, Structure and Dimension of European Community Policy
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019
Zitiert als: *Autor*, in: Schwarze, EU-Kommentar

- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2008
Zitiert als: *Autor*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2. Auflage)
- Schweitzer, Michael/ Hummer, Waldemar/ Obwexer, Walter Europarecht, Wien 2007
- Seyr, Sibylle/ Rümke, Hans-Christian Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers und seines für ihn sorgenden Elternteils,
EuR 2005, S. 658-675
- Shuibhne, Niamh Nic Free movement of persons and the wholly internal rule: Time to move on?,
CMLRev. 2002, S. 731-771
- Sieber, Ulrich/ Satzger, Helmut/ Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.) Europäisches Strafrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014
- Siebert, Derk Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1997
- Sikora, Patrick PSPP auf dem Prüfstand – Das Weiss-Urteil des EuGH,
EWS 2019, S. 139-149
- Simon, Sven Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Tübingen 2009
- Spaventa, Eleanor From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic european constitution,
CMLRev. 2004, S. 743-773
- Stange, Enno Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauchshaftung in Europa, Berlin 2010
- Staudinger, Ansgar/ Schmidt-Bendun, Rüdiger Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste,
NJW 2004, S. 1897-1901
- Stein, Torsten Gescheiterte Klage Deutschlands gegen Tabakwerberichtlinie,
EuZW 2007, S. 46-56
- Stewen, Susanne Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, Tübingen 2011
Zitiert als: *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts

- Streinz, Rudolf Anmerkung zu EuGH, Urt. V. 29.4.1999 – Rs. C-224/97 Ciola, JuS 1999, S. 1222-1223
- Streinz, Rudolf Ausländer und Gebietsfremde diskriminierende Eintrittsgelder für öffentliche Museen verstoßen gegen Art. 12 und Art. 49 EG, JuS 2003, S. 604-605
- Streinz, Rudolf Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 135 (2010), S. 1-28
- Streinz, Rudolf Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH, ZEuS 2004, S. 387-414
- Streinz, Rudolf EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018
Zitiert als: *Autor*, in: Streinz, EUV/AEUV
- Streinz, Rudolf, Europarecht, 11. Auflage, Heidelberg 2019
- Streinz, Rudolf/
Ohler, Christoph/
Herrmann, Christoph Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Auflage, München 2010
- Stroby-Jensen, Carsten Neofunctionalist theories and the development of European social and labour market policy, JCMS 2000, S. 71-92
- Strunz, Jan-Henning Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union, Münster 2004
- Thomas, Stefan Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, S. 423-444
- Thym, Daniel Freizügigkeit in Europa als Modell?, EuR 2011, S. 487-512
- Tichadou, Evelyn Der Schutz des Touristen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZEuS 2002, S. 299-319
- Tiedtke, Andreas Demokratie in der Europäischen Union, Berlin 2005
- Tinbergen, Jan International Economic Integration, 2. Auflage, Amsterdam London 1965
- Toggenburg, Gabriel Der EuGH und der Minderheitenschutz – Anmerkung zu Bickel und Franz, European Law Reporter 1999, S. 11-15

- Toggenburg, Gabriel/ Hofstötter, Michael Ausweisung von EU-Bürgern nach einer Verurteilung im Strafverfahren,
European Law Reporter 1999, S. 65-67
- Toner, Helen Non-Discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights – Articles 39, 43, 49 and 18 EC,
Yearbook of European Law 2004, S. 275-302
- Tonner, Klaus Schutz bei Zahlungsunfähigkeit des Reiseveranstalters,
EuZW 1998, S. 440-443
- Tonner, Klaus Wieviel Vollharmonisierung verträgt das Reiserecht,
VuR 2010, S. 201-203
- Tranholm-Mikkelsen, Jette Neo-functionalism: Obstinate or Obsolete? A Reappraisal in the Light of the New Dynamism of the EC,
Millenium Journal of International Studies 1991, S. 1-21
- Trüe, Christiane Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, Baden-Baden 2002
- Trüe, Christiane Das System der EU-Kompetenzen vor und nach dem Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrages,
ZaöRV 64 (2004), S. 391-427
- Ukrow, Jörg Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, Baden-Baden 1995
- Vedder, Christoph/ Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018
Zitiert als: *Autor*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht
- Verhoeven, Amaryllis The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory, Den Haag 2002
- Vink, Maarten P. Negative and positive Integration in European Immigration Policies,
European Integration Online Papers, Vol. 6 (2002) Nr. 13, S. 1-13
- Vitzthum, Nikolaus Graf Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger,
EuR 2011, S. 550-567
- Völker, Stefan Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 1990

- Vöneky, Silja/
Hagedorn, Cornelia/
Clados, Miriam/
von Achenbach, Jelena
(Hrsg.) Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, Berlin Heidelberg 2009
Zitiert als: *Autor*, in: Vöneky/Hagedorn/Clados/von Achenbach, Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht
- Wagenbaur, Rolf Neuere Entwicklungen im Bereich des Tourismus-Rechts der Europäischen Gemeinschaft,
RRa 1997, S. 27-33
- Walter, Konrad Rechtsfortbildung durch den EuGH, Berlin 2009
- Weber, Claus Neue Konturen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Konle,
NVwZ 2001, S. 287-289
- Weidenfeld,
Werner (Hrsg.) Reform der Europäischen Union – Materialien zur Revision des Maastrichter Vertrages 1996, Gütersloh 1995
Zitiert als: *Autor*, in: Weidenfeld, Reform der Europäischen Union
- Weidenfeld,
Werner/ Wessels,
Wolfgang (Hrsg.) Europa von A bis Z, 8. Auflage, Berlin 2002
Zitiert als: *Autor*, in: Weidenfeld/Wessels, Europa von A bis Z
- Weidenfeld,
Werner/ Wessels,
Wolfgang (Hrsg.) Europa von A bis Z, 13. Auflage, Bonn 2014
Zitiert als *Autor*, in: Weidenfeld/Wessels, Europa von A bis Z
- Weiler, Joseph The Transformation of Europe,
Yale Law Journal Vol. 100 (1991), S. 2403-2483
- Weiler, Joseph The Community System: the Dual Character of Supranationalism,
Yearbook of European Law 1981, S. 265-306
- Weiler, Joseph The Constitution of Europe, „Do the New Clothes have an Emperor?“ and other Essays on European Integration, Cambridge 1999
Zitiert als: *Weiler*, The Constitution of Europe
- Weiler, Joseph The European Union belongs to its Citizens: Three immodest proposals,
ELRev. 1997, S. 150-156
- Weiß, Wolfgang Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit,
EuZW 1999, S. 493-498
- Wieland, Joachim Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung,
NJW 2009, S. 1841-1845

- Wiesner, Florian Unionsziele im Europäischen Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 2008
- Wildenmann, Rudolf (Hrsg.) Staatswerdung Europas? Optionen für eine Europäische Union Baden-Baden 1991
Zitiert als: *Autor*, in: Wildenmann, Staatswerdung Europas
- Winkler, Daniela Vergangenheit und Zukunft der Flexibilitätsklausel im Spannungsfeld von unionalem Integrations- und mitgliedstaatlichen Souveränitätsanspruch,
EuR 2011, S. 384-405
- Wolf-Niedermaier, Anita Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik, Baden-Baden 1997
- Wollenschläger, Ferdinand Grundfreiheit ohne Markt, Tübingen 2007
- Wollenschläger, Ferdinand A New fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of european Integration,
European Law Journal 2011, S. 1-34
- Woude, Marc Van der/ Mead Philip Free Movement of the Tourist in Community Law,
CMLRev. 25 (1988), S. 117-140
- Wuermeling, Joachim Kalmalität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents,
EuR 2004, S. 216-229
- Ziebura, Gilbert (Hrsg.) Nationale Souveränität oder übernationale Integration?, Berlin 1966
Zitiert als: *Autor*, in: Ziebura, Nationale Souveränität oder übernationale Integration?
- Zürn, Michael Die Implementation internationaler Umweltregime und “positive Integration”,
MPIFG Discussion Paper 96/3, Köln 1996